مجلس العقد الإلكترونى

دراسة مقارنة



دكتور
مصطفى أحمد ابو عمرو
أستاذ القانون المدنى المساعد
كلية الحقوق - جامعة طنطا
رئيس قسم القانون المدنى
كلية الحقوق - جامعة بيروت العربية


دار الجامعة الجديدة

مجلس العقد الإلكتروني

دراسة مقارنة

دكتور

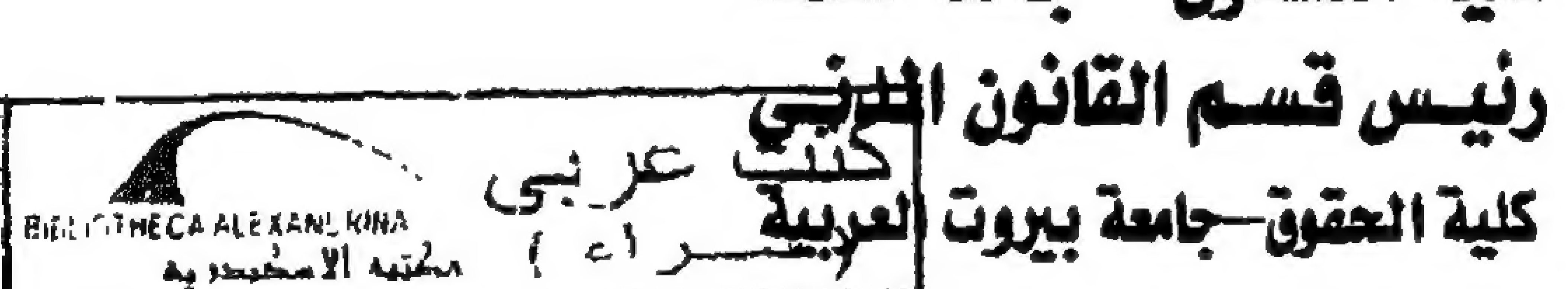
مصطفى أحمد أبو عمرو

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق – جامعة طنطا

رئيس قسم القانون المدني

كلية الحقوق–جامعة بيروت العربية



2011

دار الجامعة الجديدة

٣٨–٤٠ ش سوتير – الأزاريطة – الإسكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ فاكس: ٤٨٥١١٤٣ تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail: darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَنُفِخَ فِي الصُّورِ ذَٰلِكَ يَوْمَ الْوَعِيدِ ۞ وَجَاءَتْ كُلُّ نَفْسٍ مَّعَهَا سَائِقٌ وَشَهِيدٌ ۞ لَّقَدْ كُنتَ فِي غَفْلَةٍ مِّنْ هَٰذَا فَكَشَفْنَا عَنكَ غِطَاءَكَ فَبَصَرُكَ الْيَوْمَ حَدِيدٌ ۞ وَقَالَ قَرِينُهُ هَٰذَا مَا لَدَيَّ عَتِيدٌ ۞ أَلْقِيَا فِي جَهَنَّمَ كُلَّ كَفَّارٍ عَنِيدٍ ۞ مَّنَّاعٍ لِّلْخَيْرِ مُعْتَدٍ مُّرِيبٍ ۞ الَّذِي جَعَلَ مَعَ اللَّهِ إِلَٰهًا آخَرَ فَأَلْقِيَاهُ فِي الْعَذَابِ الشَّدِيدِ ۞ قَالَ قَرِينُهُ رَبَّنَا مَا أَطْغَيْتُهُ وَلَٰكِن كَانَ فِي ضَلَالٍ بَعِيدٍ ۞ قَالَ لَا تَخْتَصِمُوا لَدَيَّ وَقَدْ قَدَّمْتُ إِلَيْكُم بِالْوَعِيدِ ۞ مَا يُبَدَّلُ الْقَوْلُ لَدَيَّ وَمَا أَنَا بِظَلَّامٍ لِّلْعَبِيدِ ۞ يَوْمَ نَقُولُ لِجَهَنَّمَ هَلِ امْتَلَأْتِ وَتَقُولُ هَلْ مِن مَّزِيدٍ ۞ وَأُزْلِفَتِ الْجَنَّةُ لِلْمُتَّقِينَ غَيْرَ بَعِيدٍ ۞ هَٰذَا مَا تُوعَدُونَ لِكُلِّ أَوَّابٍ حَفِيظٍ ۞ مَّنْ خَشِيَ الرَّحْمَٰنَ بِالْغَيْبِ وَجَاءَ بِقَلْبٍ مُّنِيبٍ﴾.

«صدق الله العظيم»

الإهداء

* إلى روح والدي الذي علمني الصبر على البلاء،

* وروح جدي الذي علمني الرضا بالقضاء،

* وروح شقيقي الذي توفي في ريعان شبابه

فليس لبشر مهما طال العمر بقاء.

" Internet perment de consommer, de travailler à distance, de faire de la publicité, de vendre à distance, de communiqués à moindre coût. Le developpement des contrats conclus sur internet interpelle le juriste qui doit s'interroger sur leurs régimes juridique" (١).

تمهيد :

تمثل الإرادة جوهر العقد الذى يمثل العمــود الفقــري لنظريــة الالتزام. ولما كانت هذه الأخيرة أيضا هي أهم موضــوعات القــانون المدنى بصفة خاصة والقانون بصفة عامة، فإن هذا يعنـــى أن لـــلإرادة دوراً أساسياً فى إطار نظرية العقد بصفة خاصة والقانون المدني بصفة عامة.

والمعلوم أن العقد لا ينعقد إلا بتطابق الإيجاب والقبول من خلال مجلس العقد الحقيقى أو الحكمي الذى يعد بمثابة البوتقة التى تنــصهر فيها إرادة طرفى العقد لكى يولد هذا الأخير. وعلى ذلك فــإن مجلــس العقد يمثل الإطار المكانى والزمانى لالتقاء وتطابق الإرادتين(٢)، وذلك حال كون الإيجاب نافذاً لم يتم الرجوع عنه أو انتهت المدة التى يكــون

---

(١) M. -I. Cahen, La formation des contrats de commerce électronique, Paris. 1999, p. 4.

(٢) د/ أنور سلطان، الموجز فى مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٨، ف ٧٣، ص٧٤.

ملزماً خلالها([1]). ويقتضى تطابق الإيجاب والقبول أن يتم التعبير عنهما بإحدى وسائل التعبير عن الإرادة بوسيلة تقليدية أو إلكترونية. ويعنى ذلك أن شبكة الانترنت وغيرها من وسائل الاتصال لا تعد وسائل جديدة للتعبير عن الإرادة بل هى لا تعدو أن تكون وسائل لتوصيل الإرادة من طرف إلى آخر حال إبرام العقد([2]). وقد ارتبطت تلك الوسائل الإلكترونية بميلاد شبكة الإنترنت وغيرها من وسائل وشبكات الاتصال، وظهور ما يسمى بالمعاملات الإلكترونية([3]) أو عقود التجارة الإلكترونية. ومن هنا بدأ اهتمام الفقه والتشريع بالعقد الإلكترونى الذى صار مألوفاً فى حياتنا اليومية بل والأكثر انتشاراً فى المستقبل بالتوازى مع التطور المستمر فى وسائل الاتصالات.

([1]) أستاذنا الدكتور/ همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ٢٠٠٤، ص٦٩؛ د/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٥، ص١٠٩.

([2]) د/ أشرف عبد الرازق ويح، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقوانين العربية التليفون والمحمول والفاكس، مجلة روح القوانين، العدد٣٣، جـ١، أغسطس٢٠٠٤، ص٣٣؛ د/ حسن محمد بودى، التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، مجلة روح القوانين، ع ٣٧، جـ١، يناير ٢٠٠٦، ص٦٨.

([3]) يفضل بعض الفقه مصطلح المعاملات الإلكترونية على مصطلح التجارة الإلكترونية، انظر على سبيل المثال د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط فى قانون المعاملات الإلكترونية وفقاً لأحدث التشريعات فى فرنسا، مصر، الأردن، دبى، البحرين، الكتاب الأول، دار النهضة العربية ٢٠٠٧، ص ١١٢.

ومما سبق تبدو لنا أهمية فكرة مجلس العقد عموماً وفي إطار التعاقد الإلكتروني بصفة خاصة، وذلك لوجود الطرفين في أماكن مختلفة لحظة إبرام العقد وهو ما يثير العديد من الصعوبات العملية على النحو الذى سنعرض له في حينه. وعلى الرغم من أهمية نظرية مجلس العقد فإن فقه القانون المدنى سواء فى مصر أو فرنسا لم يوليها – على حد علمنا – الاهتمام اللائق سيما وأن أهميتها تزداد يوماً بعد يوم نتيجة تنامى اللجوء للوسائل التقنية الحديثة فى إتمام المعاملات المدنية.

وإذا كانت دراستنا الماثلة تتعلق بمجلس العقد فى التعاقد عبر الانترنت (الإلكترونى)؛ فإن هذا لا يعنى إغفالنا لبيان أحكامه فى إطار التعاقد التقليدى. فلا تتجلى خصوصية تلك الفكرة فى مجال العقد الإلكترونى إلا عقب التعرف على أحكامها بصدد التعاقد التقليدى.

والواقع أن معالجة موضوع الدراسة الماثلة يقتضى – فى نظرنا – ضرورة تمهيد ذهن القارئ ببيان المقصود بالتجارة الإلكترونية ومزاياها ومخاطرها، وهو ما سنعرض له في عجالة على النحو التالى:

١- مفهوم التجارة الإلكترونية وأهميتها:

أفرز التطور المستمر فى مجال الاتصالات وخاصة عبر شبكة الإنترنت أنماطاً جديدة من العقود ووسائل متنوعة لتبادل إرادة المتعاقدين. فالمعلوم أن شبكة الإنترنت لم تعد مجرد وسيلة للحصول على المعلومات وتبادلها على مستوى العالم بأكمله فحسب، بل أضحت

وسيلة أساسية وشائعة لإبرام العقود أيضاً([1]). وقد ترتب على ذلك أن حلت آليات تكنولوجيا الاتصالات محل الدعامات الورقية والوسائل التقليدية فى إطار التعاقد([2])، وهو ما ألقى بظلاله على أحكام العقود واستلزم تطوير ذلك تلك الأحكام لتواكب المستجدات التقنية وتتلائم معها. ولعل ذلك هو ما يفسر صدور العديد من التشريعات فى الكثير من الدول لتنظيم المعاملات الإلكترونية أو التوقيع الإلكترونى ومن المنتظر أن تعقبها دول أخرى فى ذات المجال قريباً. ومثال تلك التشريعات القانون الفرنسى الصادر فى ٢٠٠٠/٣/١٣ بشأن التوقيع والمحرر الإلكترونى والذى تلاه القانون رقم ٥٧٥ لسنة ٢٠٠٤ بشأن تدعيم الثقة فى الاقتصاد الرقمى الذى عدل بعض أحكام القانون المدنى الفرنسى فيما يخص إبرام العقد. وعلى الصعيد الأوربى فقد صدرت العديد من التوجيهات الأوروبية فى هذا الشأن ومنها التوجيه الصادر فى ٢٠٠٠/٦/٨ بخصوص التجارة الإلكترونية والذى عالج بعض قواعد إبرام العقود من خلال وسائل الاتصال الرقمية والذى ظهرت

([1]) د/ محمد حسين منصور، المسئولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٣، ص ١٩؛ د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط فى قانون المعاملات الإلكترونية..، مرجع سابق، ص٢٠، وما بعدها.

([2]) **J. Ghestin**, Traité de droit civil, la formation du contrat, Lgdj, 3ème éd, 1993, p. 258 et s.

د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكترونى، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية ٢٠٠٥، ص٤٢.

انعكاساته جلية على التشريعات الأوربية ذات الصلة وعلى رأسها القانون المدنى الفرنسى([1]).

وعلى هدى ما تقدم يمكننا القول بأن التجارة الإلكترونية وما يرتبط بها من عقود باتت تمثل أهمية قصوى لاقتصاديات الدول المتقدمة([2]) وعلى رأسها الولايات المتحدة ودول أوربا المغربية. كما أنها بدأت تحظى باهتمام الدول النامية وكذا بعناية المنظمات الدولية وعلى رأسها منظمة التجارة العالمية([3]).

وجدير بالذكر أن المعاملات الإلكترونية تثير من المشكلات القانونية ما لا تجدى معه القواعد التقليدية القائمة نفعاً([4]). وبعبارة

([1]) ويبدو ذلك واضحاً من خلال المادة ٢٥ من قانون "تدعيم الثقة فى الاقتصاد الرقمى" وما أسفرت عنه من تعديل لنصوص القانون المدنى الفرنسى خاصة إضافة فصل سابع للباب الثالث من هذا الكود تحت عنوان
" Les contrats sous forme électronique".

([2]) فى نفس المعنى أستاذنا الدكتور/ **محمد حسام محمود لطفى**، الإطار القانونى للمعاملات الإلكترونية، القاهرة ٢٠٠٢، ص٢٣.

([3]) لمعرفة حجم المعاملات الإلكترونية والذى يتنامى باضطراد، راجع على سبيل المثال:
Jcp. éd. entrep. et aff., oct. 1998, n. 41, p. 1579 et s; **A. Bertrand** et **autre**, Internet et la loi, Dalloz 1997, p. 177 et s; **M. Vivant**, Commerce électronique recherché droit, Droit et Patroimonie, n. 55, déc. 1997, p. 50; **P. Rebou** et **D. Xardel**, Commerce électronique et en jeux, Eyrolles, 1997, p.1 et s.

([4]) د/ **محمد السعيد رشدى**، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، مع التركيز على البيع بواسطة التليفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨، ص٢٨، وما بعدها.

أخرى فإن التعاقد عبر الإنترنت والذى يعد أحدث صور وأنماط التعاقد قاطبة سيؤثر فى نظرية العقد فى القانون المدنى بما يجعل من اللازم إستحداث قواعد قانونية جديدة لتستوعب مثل هذه الأنماط الحديثة من التعاقد([١]) والتى تعد من قبيل التعاقد بين غائبين على الأقل من حيث المكان.

أ – المقصود بالتجارة الإلكترونية:

سنعرض فيما يلى لموقف كلاً من المشرع والفقه بشأن تعريف فكرة التجارة الإلكترونية وذلك على النحو التالى:

١– موقف المشرع من تعريف التجارة الإلكترونية:

حرصت معظم الدول التى أصدرت تشريعات لتنظيم المعاملات الإلكترونية على تعريف التجارة الإلكترونية. ومن ذلك **مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصرى** الذي أعد عام ٢٠٠١ والذى يعرف التجارة الإلكترونية بأنها " كل معاملة تجارية تتم عن بعد باستخدام وسيلة إلكترونية".

والواقع أن هذا التعريف وإن كان يتفق فى بعض جوانبه مع خصائص العقد الإلكترونى والتى سنوضحها لاحقاً، وإن كان أيضاً يستوعب تعدد وتنوع الوسائل الإلكترونية المستخدمة فى نقل الإرادة وإبرام العقد الإلكترونى، إلا أنه يؤخذ عليه كونه يقصر المعاملات

([١]) د/ سامح عبد الواحد التهامى، التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى ٢٠٠٨، ص٩.

الإلكترونية فى المعاملة التجارية فقط، فى حين أن العقود المدنية بل والإدارية يمكن إبرامها إلكترونياً أيضاً([1]).

وتعرف المادة الأولى من قانون المعاملات الالكترونية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٦٩ لسنة ٢٠٠٨ المعاملة الالكترونية بأنها " أي اجراء أو عقد يبرم أو ينفذ كليا أو جزئيا بواسطة رسائل الكترونية". كما يعرف قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتى رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ التجارة الإلكترونية فى مادته الثانية بأنها " المعاملات الإلكترونية التى تباشر بواسطة المراسلات الإلكترونية". وكما هو واضح من ألفاظه فإن هذا التعريف يتميز بكونه يدرج ضمن مفهوم التجارة الإلكترونية كافة المعاملات الإلكترونية مدنية كانت أم تجارية. على أنه يؤخذ على هذا التعريف أنه يقصر وسائل نقل الإرادة بين الطرفين على المراسلات الإلكترونية فى حين أنه يمكن إبرام العقد عن طريق الاتصالات الرقمية أو الإلكترونية من خلال شبكة الإنترنت. فهل قصد المشرع – فى هذا الصدد – شمول المراسلات الإلكترونية لحالة الاتصال المباشر على الخط من خلال شبكات الاتصالات؟!!

([1]) قارن د/ سمير حامد الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٦، ص٦٣.

ومن جانبه يعرف قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسى رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ التجارة الإلكترونية بأنها " العمليات التجارية التى تتم عبر المبادلات الإلكترونية". ويؤخذ على هذا التعريف أيضاً أنه يضيق من نطاق التجارة الإلكترونية ويقصرها فقط على العقود التجارية وذلك خلافاً للمنطق القانونى والواقع العملى. أما قانون منطقة دبى الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية والإعلام رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فقد عرفها من خلال مادته الثانية بأنها " الأعمال المنفذة بالوسائط الإلكترونية وبوجه خاص الإنترنت". وبذلك يتلافى هذا التعريف بعض أوجه النقد الموجهة للتعاريف السابقة.

ويعرف المشرع الفرنسى التجارة الإلكترونية بأنها "كل نشاط اقتصادى يعرض شخص ما من خلال التزويد بأموال أو خدمات عن بعد بوسيلة إلكترونية"(1). ونلاحظ على هذا التعريف أنه يركز على النشاط الاقتصادى وليس على التصرفات القانونية اللازمة لمباشرة هذا

---

(1) راجع المادة ١٤ من قانون الثقة فى الاقتصاد الرقمى والتى تعرف التجارة الإلكترونية على النحو التالى:

" L'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture des biens ou des services".

ويضيف هذا النص أن أنشطة التجارة الإلكترونية تشتمل على بعض العقود المرتبطة بالبيئة الرقمية أو الإلكترونية كعقود خدمات المعلومات وعقد الدخول إلى الشبكة....الخ.

النشاط. كما أنه ينظر للأمر من زاوية المنتج أو الموزع فقط، بينما يرتبط بالتجارة الإلكترونية غيرهما أيضا.

٢- موقف الفقه من تعريف التجارة الإلكترونية:

يتنازع الفقه فى هذا الصدد اتجاهين: أولهما يأخذ **بالمفهوم الضيق** الذى يحصر مجالها فى العقود التى تبرم من خلال شبكة الإنترنت. فتعد التجارة الإلكترونية فى نظر أنصار هذا الاتجاه هى تلك التعاقدات التى تتم عبر الإنترنت([1]). ويأخذ البعض على هذا الاتجاه أنه يضيق - دون سند أو مبرر - من نطاق التجارة الإلكترونية فضلاً عن كونه يخلط بينها وبين العقد الإلكترونى([2]) الذى يعد إحدى آليات مباشرتها.

ويأخذ جانباً آخر من الفقه **بالمفهوم الواسع** لفكرة التجارة الإلكترونية حيث يرى أنه " العقود التى تتم عن طريق وسائل الاتصال

([1]) أنظر على سبيل المثال: **د/ إبراهيم أحمد إبراهيم**، التجارة الإلكترونية والملكية الفكرية، مجلة المحاماة ٢٠٠١، ع١، ص٥٩١.
د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط فى قانون المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص١١١، ص١١٢، حيث يضيف سيادته أن التجارة الإلكترونية لا تختلف عن التجارة بصفة عامة إلا فيما يتعلق بوسائل مباشرتها وخاصة آليات إبرام العقود الإلكترونية وتنفيذها، ذات المرجع، ص١١٢، والمرجع المشار إليه بهامش ١١٢.

([2]) راجع فى ذلك على سبيل المثال **د/ سامح عبد الواحد التهامى**، المرجع السابق، ص٢٠.

الحديثة"(١). وفى ذات السياق يعرفها البعض الآخر بأنها "تلك التعاملات التى تتم إلكترونياً عبر شبكة المعلومات العالمية "الإنترنت"(٢). ويلاحظ البعض على هذا التعريف أنه يخلط بين التجارة الإلكترونية والعقد الإلكترونى(٣). ولعل هذا هو ما دفع جانبا آخر لمزيد من التوسع فى مفهوم التجارة الإلكترونية حيث عرفها بأنها "مجموعة العقود التى تبرم أو تنفذ عن طريق وسائل الاتصال الحديثة فضلاً عن تلك المرتبطة بتكنولوجيا المعلومات(٤).

ونحن من جانبنا نرى أن التجارة الإلكترونية هي " الأنشطة المالية والتصرفات القانونية التى تبرم أو تنفذ عبر الوسائل الإلكترونية كلياً أو جزئياً". وقد سعينا من خلال هذا التعريف لشمول فكرة التجارة الإلكترونية للأنشطة المالية سواء تعلقت بأموال مادية أو معنوية وكذلك كافة التصرفات القانونية عقوداً كانت أو تصرفات بالإدارة المنفردة. كما يتضمن هذا التعريف أيضاً الترويج للسلع والخدمات أو التعاقد بشأنها.

---

(١) من أنصار هذا الاتجاه أ/ محمود ثابت محمود، حجية التوقيع الإلكترونى فى الإثبات، دراسة موجزة، مجلة المحاماة ٢٠٠٢ـ ع٢، ص٦١٨.

(٢) د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة " التراسل الإلكترونى"، مطبوعات مجلس النشر العلمى، جامعة الكويت، ٢٠٠٣، ص ص ٣٥، ٣٦.

(٣) د/ سامح عبد الواحد التهامى، المرجع السابق، ص ص ٢٠، ٢١.

(٤) أ/ يونس عرب، التجارة الإلكترونية، ص٢، بحث منشور على الموقع التالى http: // www. Arab law. org

٢- مزايا التجارة الإلكترونية ومخاطرها:

اذا كانت أهمية التجارة الإلكترونية وضرورتها يعد أمراً واقعاً يتنامى نطاقه باستمرار، إلا أنها لا تزال محفوفة - وبحق- بالعديد من المخاطر. كما تكتنف المعاملات التى تتم من خلالها بعض الصعوبات والمعوقات سيما فيما يتعلق بضمان سريتها. وسنلخص ذلك كله فيما يلى:

أ - مميزات التجارة الإلكترونية:

أياً كانت الظروف التى تحيط بالتجارة الإلكترونية فإنه لا يمكن إنكار انعكاساتها الإيجابية على المعاملات أو التصرفات القانونية ولعل من أهم مميزاتها ما يلى:

* **تنوع مجالات المعاملات القانونية الإلكترونية المدنية والتجارية:** فقد ترتب على ظهور وتطور فكرة التجارة الإلكترونية نشؤ أطر ومجالات جديدة متنوعة ومتجددة للمعاملات القانونية بشتى صورها. كما أدى ذلك لظهور قيم مالية جديدة دخلت نطاق المعاملات القانونية كالمعلومات التى أصبحت محلاً للتعاقد ومصدراً للربح باعتبارها من قبيل السلع والخدمات([1]).

([1]) د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية ...، مرجع سابق، ص٣٠ وما بعدها؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكترونى، مرجع سابق، ص٤٥.

* **تيسير إبرام العقود وتنفيذ المعاملات قانونية:** غنى عن البيان أن استخدام وسائل الاتصالات الحديثة إلترونية كانت أو رقمية كالسندات الإلكترونية أو بطاقات الائتمان أو شبكة الإنترنت يؤدى لتبسيط وسرعة المعاملات وإتاحة الفرصة لإبرام التصرفات القانونية عن بعد بما يوفر الوقت والجهد والمال(١).

* **زيادة نطاق الاستغلال التجارى:** لاغرو أن التعاقد بواسطة الوسائل التقنية الحديثة وعلى رأسها الإنترنت يؤدى لزيادة نطاق المعاملات المدنية والتجارية، كما يخلق أنواعاً جديدة من القيم المالية والتصرفات القانونية الناشئة والمرتبطة بهذه الوسائل الحديثة. وبعبارة أخرى فإن تنامى اللجوء للعقود الإلكترونية من شأنه فتح أسواق جديدة نطاقاً وموضوعاً. كما أنه يؤدى لاتساع نطاق وموضوع الأنشطة القائمة، خاصة وأن ذلك يؤدى للتغلب على الصعوبات المرتبطة بالحدود الجغرافية وما يرتبط بها من معوقات وتعقيدات. وفضلاً عما سبق فإن آليات التجارة الإلكترونية تتيح المجال للتعاقد مع أكثر من شخص فى ذات الوقت، وتيسر عليه

---

(١) د/ **إبراهيم الدسوقى أبو الليل**، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية..، مرجع سابق، ص٣٠ وما بعدها؛ د/ **محمد حسين منصور**، المسئولية الالكترونية، مرجع سابق، ص ٣٦؛ د/ **حسام الدين كامل الأهوانى**، إثبات عقود التجارة الإلكترونية، بحث مقدم لمؤتمر القانون وتحديات المستقبل فى العالم العربى، الذى نظمته حقوق الكويت بالتعاون مع مركز البحوث العربية فى الفترة من ٢٥ – ٢٧ أكتوبر ١٩٩٩، ص٢؛ د/ **سمير حامد أبو الجمال**، المرجع السابق، ص٥٢؛ د/ **خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص٤٥.

الحصول على حاجياته دون الانتقال فعلياً لموطن التاجر الذى قد يبعد عنه بمسافات شاسعة([1]).

*** مخاطر التجارة الإلكترونية:**

رغم المزايا والإيجابيات التى تتسم بها التجارة الإلكترونية، إلا أن هذا لا ينفى ارتباطها ببعض المخاطر أو السلبيات لعل أهمها:

١- احتمال تسريب المعلومات والمساس بالحق فى الخصوصية:

يرى بعض معارضو التجارة الإلكترونية أن آلياتها تجعل من الميسور وصول القراصنة للمعلومات السرية وهو ما يهدد النشاط التجارى للمتعاملين عبر الإنترنت وغيره من الوسائل الحديثة للاتصال([2]). وبجانب ذلك فإن هذه الآليات تجعل من السهل الاعتداء على خصوصية المتعاقدين إلكترونياً. ويترتب على **الافتقار لوسائل التأمين الكافى** للأجهزة والوسائل المستخدمة فى التعاقد تعريضا لأموال البنوك والمتاجر والعملاء لخطر السرقة. ولعل جريمة السطو

([1]) د/ **عماد الحداد**، التجارة الإلكترونية، الهيئة العامة للكتاب، القاهرة ٢٠٠٥، ص١٠؛ وأنظر أيضاً ذات المرجع ص٢٣؛ فى نفس المعنى د/ **سمير حامد الجمال**، المرجع السابق، ص٥٣؛ د/ **خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص٤٥.

([2]) راجع في ذلك ما نشر بصحيفة الجمهورية بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٢١ ص ١١. حيث ذكرت الصحيفة أن برنامج جوجل وموقع فيس بوك ينقلان أسرار مستخدميهما للمخابرات الأمريكية وأن هناك ٣ أنظمة غربية وإسرائيلية للتنصت على الاتصالات التليفونية والاليكترونية لمليارات البشر. ولاشك ان ذلك يمثل تهديدا صارخا وتحديا خطيرا لحركة المعاملات الالكترونية عبر الانترنت.

الإلكترونى التى وقعت على أموال طائلة لأحد البنوك الفرنسية مؤخراً خير دليل على ذلك.

٢- جسامة الضرر الناتج عن الخلل فى آليات التعامل الإلكترونى وصعوبة إثبات مصدره:

يترتب على الاعتداء على حقوق ومصالح المتعاملين عبر الإنترنت أضراراً فادحة ومن ذلك سلب أموال البنوك إلكترونياً أو اختراق مواقع المؤسسات العلمية والتجارية والتعرف على أدق أسرارها العلمية (كشركات الأدوية) أو التجارية (كالمصانع) وهو ما يلحق بهذه المؤسسات والمتعاملين معها أضراراً جسام. وبجانب ما سبق فإن المواقع الإلكترونية تختفى فى بعض الأحيان وتصبح غير متاحة لفترات طويلة وهو ما يعنى توقف الأنشطة التعاقدية عبر الإنترنت خلال تلك الفترات، وهو ما يعنى تكبد الخسائر لا تحتمل للمتعاملين عبر الإنترنت[١].

---

(١) **د/ جاسم على سالم الشامسى**، " وقد تنبه قانون تنظيم الاتصالات المصرى لتلك المخاطر حيث تنص المادة ٧٣ منه على أنه " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من قام أثناء تأدية وظيفته فى مجال الاتصالات أو بسببها بأحد الأفعال الآتية:

١- ...

٢- إخفاء أو تغيير أو إعاقة أو تحوير أية وسائل اتصالات أو لجزء منها تكون قد وصلت إليه.

٣- الامتناع عن إرسال رسالة اتصالات"، **د/ عماد الحداد**، المرجع السابق، ص٢٤؛ **د/إبراهيم الدسوقى أبو الليل**، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية....، مرجع سابق، ص٣٩؛ **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص ٤٣.

وقد تم فعلا اختفاء أحد المواقع فى عام ١٩٩٩ وهو موقع Ebay الخاص بالمزادات. وقد ترتب على عدم إتاحته لفترات طويلة متكررة اضطراب فى التعاملات وهو ما أدى لهجوم الصحافة على هذا الموقع(١). وقد تنجم الخسائر فى مجال التجارة الإلكترونية أيضاً عن بث معلومات مغلوطة تجر المتعاملين إلكترونياً لتعاقدات تكبدهم خسائر جسيمة(٢).

وعلى أية حال فإن ما يكتنف التجارة الإلكترونية من مخاطر ومعوقات لا يحول دون ازدهارها وتنوع مجالاتها بشكل منتظم، بحيث أضحت تستحوذ على النصيب الأكبر من المعاملات والتصرفات القانونية فى أمريكا وغرب أوربا. فلاشك أنه لا يترتب على سقوط طائرة حظر النقل الجوى أو منع السفر بحرياً بسبب غرق سفينة.

وقد ترتب على صمود التجارة الإلكترونية أمام تلك الصعاب صيرورة التعاقد الإلكترونى أسلوباً أو نمطاً معتاداً فى التعامل ومن ثم صار على الفقه أن يتصدى لخصوصيات هذا النمط التعاقدى. كما أصبح على المشرع والقضاء الاستجابة الفورية والكافية لمتطلبات التعاقد الإلكترونى بما يضمن استمرار واستقرار التعاملات فى هذا المجال. ولعل من أهم الصعوبات التى ترتبط بالعقد عموماً وبالتعاقد الإلكترونى بصفة خاصة، **تحديد الإطار القانونى لفكرة مجلس العقد.**

---

(١) راجع فى ذلك د/ عماد الحداد، المرجع السابق، ص٢٦.

(٢) د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية..، مرجع سابق، ص٤٣؛ وراجع فى وسائل التغلب على مثالب التجارة الإلكترونية، ص٥١ وما بعدها من ذات المرجع.

ويؤيدنا في ذلك ما يقرره بعض الفقه – وبحق – بأن التعاقد عن بعد "يطرح مسألة في غاية الأهمية ألا وهي مفهوم " مجلس العقد" في ضوء هذا الطرح الجديد للتعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، والتي تتم بصورة فائقة السرعة"([1]). وقد تنبأ الفقه منذ زمن بعيد بالصعوبات الناشئة عن التعاقد بين غائبين والتي يعد العقد الإلكتروني أحد أهم تطبيقاتها([2]).

وإدراكاً منا لأهمية هذا الموضوع وقناعة منا بضرورة إسهام الفقه في إجلاء غموضه فقد وقع اختيارنا على فكرة مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الانترنت (الإلكتروني) لتكون محوراً لتلك الدراسة الموجزة. ويتمثل هدفنا من هذه الدراسة في بيان أهم الجوانب القانونية لفكرة مجلس العقد خاصة في اطار التعاقد الالكتروني. كما نهدف أيضا لحث الباحثين على استكمال تلك المسيرة من خلال دراسات أخرى تحيط بباقي جوانب هذه النظرية التي تستحق اهتماما أكبر من فقه القانون المدني سواء المصري أو العربي.

وتنقسم خطة هذه الدراسة على النحو التالي:

الفصل التمهيدي: مفهوم العقد الإلكتروني وخصائصه.

الفصل الأول: ماهية مجلس العقد وعناصره وصوره.

الفصل الثاني: آثار مجلس العقد الالكتروني.

([1]) أنظر على سبيل المثال د/ **محمد السعيد رشدي**، المرجع السابق، ص٨.

([2]) د/ **صلاح الدين ذكي**، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٦٢، ص٩؛ د/ **محمد السعيد رشدي**، المرجع السابق، ص ص ٩،٨.

الفصل التمهيدى

مفهوم العقد الإلكترونى وخصائصه

تمهيد وتقسيم:

تقتضي الإحاطة بفكرة مجلس العقد الإلكترونــي وهــي محــور دراستنا أن نقوم بتعريف هذا النمط من التعاقد وبيان خصائصه. فــذلك أمر لازم لتمييزه عن غيره من أنماط التعاقد الأخرى والتي قد تتفق معه في بعض النواحي. وعلى ذلك فإن هذا الفصل سينقسم _ بــإذن الله – إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول : تعريف العقد الإلكتروني.

المبحث الثاني: خصائص العقد الإلكترونى وتمييزه.

المبحث الأول

تعريف العقد الإلكترونى

تمهيد:

لا يختلف مفهوم العقد الإلكترونى عن العقد التقليدى مــن ناحيــة الموضوع. فالفارق بينهما يكمن فى : وسيلة **نقل أو تبادل التعبير** عــن إرادة الطرفين، أو **أسلوب تنفيذ العقد** وهى أمور ترتبط بطبيعة التعاقد ومحله. و يختلف مفهوم العقد أيضاً وفقاً للنظــام القــانونى الــسائد إذ يختلف ذلك المفهوم فى النظام الأنجلو أمريكى عنه فى النظام اللاتينى،

كما قد يختلف مفهوم العقد فى القانون الوضعى عنه فى الفقه الإسلامى وهو أمر تخرج تفاصيله عن إطار دراستنا الماثلة([1]).

والعقد بصفة عامة هو " توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثـر قانونى معين، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء الالتزام كما فى عقد البيع، أو نقله كما فى الحوالة، أو تعديله كما فى الاتفاق على اقتـران أجـل بالالتزام، أو إنهاؤه كما فى الوفاء الذى ينقضى به الدين"([2]). وإذا كـان المشرع المصرى لم يعرف العقد من خلال نصوص القانون المدنى فإنه

([1]) لمزيد من التفاصيل راجع د/ **أيمن إبراهيم العشماوى**، مفهوم العقد وتطـوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ٢٠٠٢، ص٥ وما بعدها؛ د/ **يزيد أنـيس نصير**، الارتباط بين الإيجاب والقبول فى القانون الأردنى والمقـارن، مجلـة الحقوق، مجلس النشر العلمى جامعة الكويت، ع٣، س٢٧، سـبتمبر ٢٠٠٣، ص٦٧ وما بعدها؛ وأنظر فى الفقه الفرنسى على سبيل المثال:

E. Savaux, La Théorie généale du contrat, mythe ou réalité, Lgdj, 1997; **J. Mastre**, L'évolution du contrat en droit privé français, *in* L'évolution contemporaine du droit des contrat, Economica, 1987; **J. Flour, J. – L. Aubert** et **E. Savaux**, Droit civil, les obligations, V. I, L'acte juridique, 9ème éd., Armand Colin, p. 64 et s; **J. Gllestin**, Traité de droit civil la formation du contrat 3ème éd., Lgdj 1993, p. 60 et s.

([2]) د/ **عبد الرزاق السنهورى**، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجـزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، تحديث وتنقيح المستـشار أحمـد مدحت المراغي، طبعة نقابة المحامين، القاهرة ٢٠٠٧ ، ص١١٧؛ د/ **رمزى رشاد الشيخ**، د/ **نبيلة رسلان**، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة جامعة طنطا ٢٠٠٦ – ٢٠٠٧، ص٢٥؛ د/ **فتحى عبد الرحيم عبد الله**، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠١، ص٢٣.

نظيره الفرنسى قد حرص من خلال المادة ١١٠١ على تعريفه بأنه "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو أكثر تجاه شخص أو أكثر بإعطاء شئ أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل". ولا يخفى على الفطنة أن مفهوم العقد يرتبط بالبيئة السياسية والاقتصادية والتقنية السائدة فى المجتمع([1]). على أنه أياً كان المذهب السياسى أو الاقتصادى أو درجة التقدم التقنى للمجتمع فإن العقد يظل أهم أدوات التبادل وإشباع حاجات الفرد والجماعة من السلع والمنتجات والخدمات. كما يظل أهم موضوعات القانون قاطبة.

وكما أشرنا سلفاً فإن العقد الإلكترونى لا يختلف عن العقد بمفهومه التقليدى إلا فيما يخص وسائل تبادل إرادة الطرفين أو آليات تنفيذ الالتزامات التى يرتبها هذا النمط التعاقدى. وسنبين فيما يلى موقف الفقه والمشرع من تعريف العقد الإلكترونى وذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: موقف المشرع من تعريف العقد الإلكترونى.

المطلب الثانى: موقف الفقه من تعريف العقد الإلكترونى.

([1]) د/ أيمن إبراهيم العشماوى، المرجع السابق، ص٥ وما بعدها.

المطلب الأول

موقف المشرع من تعريف العقد الإلكترونى

حرصت بعض التشريعات التى تنظم المعاملات الإلكترونية على تعريف العقد الإلكترونى. كما أن التوجيهات الأوربية قد عرفته أيضاً باعتباره أحد تطبيقات التعاقد عن بعد. وسنبين بإيجاز التعاريف التى قال بها المشرع بشأن العقد الإلكترونى، سواء فى إطار التشريعات العربية أو نظيرتها الأوربية وذلك فى سياق الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكترونى فى التشريعات العربية.

الفرع الثانى: تعريف العقد الإلكترونى فى التشريع الفرنسية.

الفرع الأول

تعريف العقد الإلكترونى فى التشريعات العربية

حرصت العديد من الدول العربية على سن تشريعات لتنظيم المعاملات الإلكترونية. وقد تضمنت هذه التشريعات تعريفاً للعقد الإلكترونى سواء صراحة أو ضمناً. ومن التشريعات التى عرفته صراحة قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، والذى عرف العقد الإلكترونى فى المادة ٢ / ٨ بأنه " الاتفاق الذى يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً. وقد عرّفه قانون إمارة دبى رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بأنه " التصرف القانونى الذى يتم إبرامه أو تنفيذه بشكل كلى أو جزئى بواسطة المراسلات الإلكترونية"، أما قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسى رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ فإنه يعرف العقد الإلكترونى

بشكل ضمنى. حيث يعرف المبادلات الإلكترونية التى يعد العقد الإلكترونى أهم آلياتها بأنها " المبادلات التى تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية". ويستفاد من ذلك أن العقد الإلكترونى فى إطار هذا القانون هو ذلك العقد الذى يتم إبرامه أو تنفيذه إلكترونياً بواسطة الوثائق الإلكترونية.

الفرع الثانى

تعريف العقد الإلكترونى فى التشريع الفرنسى

لم يعرف المشرع الفرنسى العقد الإلكترونى صراحة. على أنه لما كانت التوجيهات الأوروبية وهي تؤثر وتندمج في التشريع الفرنسي قد عرفته. والمعلوم أن ما يرد بهذه التوجيهات من تعاريف يسري على المعاملات الالكترونية في فرنسا. ويعرف التوجيه الأوربى الصادر فى ١٩٩٧/٥/٢٠ بشأن حماية المستهلك فى التعاقد عن بعد[١] العقد الالكتروني بأنه " كل عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد من خلال وسيلة الكترونية أو أكثر حتى إتمام التعاقد".

ويستفاد من هذه التعاريف السابقة أن إسباغ الوصف الإلكترونى على العقد يقتضى أن يبرم أو ينفذ إلكترونياً أو هما معاً سواء تم تنفيذ العقد إلكترونياً كلياً أو جزئياً. على أنه يشترط أن يكون دور الوسيلة

---

(١) راجع نص المادة الثانية من هذا التوجيه.

الإلكترونية فى نقل إرادة كل طرف للآخر، أو فى تنفيذ العقد جوهرياً. وعلى ذلك فإنه إذا أعلنت إحدى الشركات على موقعها الإلكترونى عن بعض منتجاتها أو خدماتها بحيث يستطيع العميل أن يتعرف على بعض سمات ذلك المنتج أو تلك الخدمة، بحيث يتعين عليه التوجه إلى أحد فروع الشركة للتعرف على المعلومات التفصيلية وكذلك لإبرام وتنفيذ العقد فإننا نكون بصدد العقد بمفهومه التقليدى([1]).

المطلب الثانى

موقف الفقه من تعريف العقد الإلكترونى

أمام عدم قيام بعض الدول بإفراد تشريع خاص بتنظيم المعاملات الإلكترونية، أو سكوت المشرع في هذه الدول عن تعريف العقد الإلكترونى رغم سن مثل هذه القواعد الخاصة، فإن الفقه كعادته يؤدي دوره وذلك من خلال محاولة تعريف العقد الإلكترونى لبيان أحكامه القانونية وإبراز خصوصيته. وانطلاقاً من ذلك يعرف بعض الفقه هذا العقد بأنه عقد يبرم عن بعد بين غائبين، ليسا حاضرين، باستخدام وسائط إلكترونية من أجهزة وبرامج معلوماتية وغيرها من الوسائل التقنية الحديثة التى تعمل آلياً وتلقائياً بمجرد إصدار أوامر التشغيل إليها([2]). ويركز هذا التعريف على إبراز أن العقد الإلكترونى يتم من

([1]) فى نفس المعنى د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط فى قانون المعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص١٣٤.

([2]) راجع على سبيل المثال د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص٧١.

خلال مجلس العقد الحكمي باعتباره تعاقداً بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد لحظة إبرام العقد. كما يؤكد هذا التعريف أيضاً على خصوصية الوسيلة التي تستخدم في إبرام وتنفيذ هذا النمط التعاقدي.

ويرى جانب آخر من الفقه(١) أن العقد الإلكتروني هو " ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة إلكترونياً، وتنشئ التزامات تعاقدية". ويؤخذ على هذا التعريف – في نظرنا – كونه يقصر مفهوم العقد الإلكتروني على عقد البيع، فالأخير لا يعدو أن يكون أحد صور هذا التعاقد إذ يجوز إبرام عقود أخرى عديدة إلكترونياً. وفضلاً عن ذلك، فإن هذا التعريف يصبغ العقد الإلكتروني بطابع الإذعان رغم أنه – كما سنرى حالاً – لا يعد عقد إذعان في كل الحالات. بل تتوقف هذه الخاصية على أسلوب إبرام العقد وهو ما يختلف من حالة لأخرى.

ووفقاً لبعض الفقه فإن العقد الإلكتروني هو اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل(٢).

---

(١) **M.–S. Baum & H. Perritt**, Electronic – contracting publishing and EDI, law willy law publication, New York, 1991, p. 6.

مشار إليه لدى **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص٥١، هامش ٥.

(٢) **د/ أسامة أبو الحسن مجاهد**: الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص ١٦١ وما بعدها.

ويذهب جانب آخر من الفقه([1]) إلى أن العقد الإلكترونى هو " العقد الذى تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص فى دول أخرى وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة، ومنها شبكة المعلومات الدولية الإنترنت، بهدف إتمام العقد".

ويعرف البعض([2]) هذا العقد أيضاً بأنه " الاتفاق الذى يتم إبرامه بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً". ويلاحظ أن هذا التعريف يقصر دور الوسائل على مرحلة إبرام العقد دون مرحلة التنفيذ([3]). ويضاف لما سبق أنه يعرف هذا العقد بأنه " الاتفاق" رغم أن بعض الفقه يميز بين العقد والاتفاق حيث أن الثانى أشمل من الأول إذ لا يعد الاتفاق عقد إلا حيثما ينشئ التزاماً أو ينقله أو يعدله أو ينهيه([4]). وجدير بالذكر أن ذات الفقيه يعرف العقد الإلكترونى فى موضع آخر بأنه " العقد الذى يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكترونى للبيانات، ويقصد إنشاء التزامات تعاقدية". ويضيف سيادته فى هذا الصدد أن التعاقد الإلكترونى يشتمل فضلاً عن الإيجاب والقبول على معاملات إلكترونية أخرى كالعروض المطروحة والإعلان عن

([1]) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولى الخاص النوعى، الإلكترونى، السياحى، البيئى، ط١١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص٦٨.

([2]) د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص٣٨٧.

([3]) قارن د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص٧٢ .

([4]) أنظرعلى سبيل المثال د/ رمزى رشاد الشيخ، د/ نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص٢٤.

السلع والخدمات وطلبات الشراء الإلكترونية والفواتير الإلكترونية....الخ([1]).

ونحن نرى أن العقد الإلكترونى يمكن تعريفه بأنه " **العقد الذى يتم إبرامه أو تنفيذه من خلال الوسائط الإلكترونية**". وقد حاولنا من خلال هذا التعريف أن نؤكد على أن العقد الإلكترونى يمكن أن يكون مدنياً أو تجارياً أو حتى إدارياً لذلك جاء لفظ العقد عاماً ليشمل كل هذه الصور. كما حرصنا أيضاً على بيان أن الوسيط الإلكترونى قد يستخدم فى مرحلة الإبرام أو التنفيذ أو إحداهما فقط وذلك بشكل جوهرى بحيث لا يكون دور هذا الوسيط ثانوياً. وقد استخدمنا لفظ الوسائط الإلكترونية الذى يشتمل على الإنترنت أو غيرها من شبكات الاتصالات الرقمية أو الإلكترونية.

([1]) **د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص٥٢.**

المبحث الثانى

خصائص العقد الإلكترونى وتمييزه

سنعرض من خلال هذا المبحث للسمات المميزة للعقد الإلكترونى من أجل تحديد نظامه القانونى وتمييزه عن بعض العقود التى قد تتفق معه فى بعض الجوانب ولكنه يظل مستقلاً ومتميزاً عنها. على أنه يجدر بنا فى هذا المقام أن نشير إلى أن بعض الفقه يرى أن العقد الإلكترونى هو **أحد العقود غير المسماة** حيث لم يضع المشرع له تنظيماً خاصاً([1]). والواقع أن هذا القول يخلط بين كون العقد الإلكترونى لم يصبح بعد فى بعض الدول ومنها مصر محلاً للتنظيم القانونى الذى يتلائم مع خصوصيته، وبين كونه عقداً غير مسمى. فالعقد الإلكترونى قد يأخذ شكل البيع أو الإيجار أو التأمين أو غيرها من العقود المسماة. كما قد يأخذ شكل عقد النشر أو إنتاج المصنف السمعى البصرى وهى عقود غير مسماة فى التشريع المصرى حتى الآن على عكس نظيره الفرنسي. وخلاصة القول أن العقد الإلكترونى قد تتخذ أحد صور العقود المسماة أو غير المسماة.-ولذلك فمن غير المنطقى إسباغ وصف العقد غير المسمى عليه بشكل مجرد اذ يتعارض ذلك مع صحيح القانون. وسوف نحاول من خلال المطلبين التاليين بيان خصائص العقد

([1]) د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص٥٠ والمراجع المشار إليها بهامش ٣.

الإلكترونى والتى تقودنا بدورها لتمييزه عن العقود والمشابهة. وعلى ذلك فإن المبحث الماثل سينقسم إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: خصائص العقد الإلكترونى.

المطلب الثانى: تمييز العقد الإلكترونى عن العقود المشابهة.

المطلب الأول

خصائص العقد الإلكترونى

أشرنا سابقا إلى أن العقد الإلكترونى لا يختلف عن العقد بمفهومه التقليدى إلا فيما يخص الوسيلة المستخدمة فى تبادل الإيجاب والقبول أو في تنفيذه. ويتم ابرام وتنفيذ هذا العقد من خلال وسائط إلكترونية تلقى بظلالها على خصائصه كما تؤثر على تنظيمه القانونى من بعض الجوانب([1]). فهو يتم من خلال وسائل تقنية تتيح للطرفين الإبرام أو التنفيذ عن بعد، بحيث يمكن أن يكون الموجب من دولة أو قارة والموجب له من دولة أو قارة أخرى. كما يمكن إبرامه بذات الوسيلة بين المتعاقدين ولو كانا يقطنان بذات المبنى رغم ندرة هذا الفرض. وعادة يتم هذا النمط من التعاقد من خلال نماذج معده سلفاً. ولكن ذلك لا يعنى أنه يعد عقد إذعان بصفة مطلقة. وهذا كله هو ما سنبينه من خلال الفروع التالية:

([1]) د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص٧٢.

الفرع الأول: العقد الإلكترونى هو تعاقد عن بعد عابر للحدود.

الفرع الثانى: إبرام العقد الإلكترونى من خلال وسيط إلكترونى.

الفرع الثالث: العقد الإلكترونى هو عقد تجارى أو مدنى.

الفرع الرابع: مدى اعتبار العقد الإلكترونى من عقود الإذعان.

الفرع الأول

العقد الإلكترونى هو تعاقد عن بعد عابر للحدود

بالنظر إلى آلية تلاقى الإيجاب والقبول ومكان تواجد الطرفين لحظة إبرام العقد نجد أن العقد الإلكترونى ينتمى لطائفة التعاقد عن بعد. فلا يجتمع الموجب والقابل فى مجلس عقد حقيقى إذ لا يلتقيان هما أو من ينوب عنهما أو عن أحدهما التقاءً جسدياً فعلياً. والواقع أن هذه السمة من سمات هذا العقد وإن كانت تؤدى لتيسير إبرام العقود ونمو النشاط التجارى وتنامى أعداد التصرفات القانونية، إلا أنها تثير العديد من المشكلات القانونية لعل أهمها عدم قدرة كل طرف على التأكد من شخصية الطرف الآخر[1]، وجديته فى التعاقد وأهليته لإبرامه[2]،

---

(1) راجع فى ذلك د/ **حسن محمد بودى**، المرجع السابق، ص ٦٩.

(2) د/ **أشرف عبد الرازق ويح**. التعاقد بوسائل الاتصالات الحديثة التليفون والمحمول والفاكس والانترنت، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية، مجلة روح القوانين، حقوق طنطا، ع ٣٣، ج ١، أغسطس ٢٠٠٤، ص ٤٩ وما بعدها.

وسلامة إرادته من العيوب الواردة بالقانون. وفضلاً عن ذلك فإن هذه الخاصية من خصائص العقد الإلكترونى من شأنها إثارة التساؤل حول زمان ومكان إبرامه رغم الأهمية القصوى لتحديد هذه النقاط بسبب آثارها القانونية الجوهرية، إذ يترتب على ذلك تحديد المحكمة المختصة بنظر ما قد ينشب بين الطرفين من منازعات مرتبطة بالعقد وكذلك تحديد القانون الذي تسرى أحكامه على مثل هذه المنازعات[١]. وتجدر الإشارة إلى أن العقد الإلكترونى وإن كان ينتمى لطائفة التعاقد عن بعد إلا إنه يظل متميزاً عن غيره من العقود التى تشملها تلك الطائفة وهو ما سنوضحه فى المطلب القادم.

ويرتبط بكون العقد الإلكترونى يتم عن بعد أنه عقد عابر للحدود حيث يؤدى للتغلب على المشكلات الناجمة عن الحدود الجغرافية التى تعوق أحياناً كثيراً حركة تداول المنتجات والخدمات والأموال. وعلى ذلك فإن هذا العقد من حيث نطاقه الجغرافى قد يكون دولياً[٢] أو وطنياً داخلياً. فالعقد الإلكترونى يكون داخلياً إذا أبرم مثلاً داخل مصر بين طرفين مصريين بشأن عقار موجود فى مصر. وقد يكون ذلك العقد دولياً إذا أخذنا بالمعيار الاقتصادى لدولية العقود. وبالتالى يعد عقداً دولياً ذلك العقد الإلكترونى المرتبط بمصالح التجارة الدولية والذى

---

(١) د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص٧٢.

(٢) د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص٥٣؛ د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص٧٣.

يؤدى دوراً جوهرياً فى انتقال السلع والخدمات عبر الحدود([1]). وجدير بالذكر أن الصفة الدولية للعقد الإلكترونى تؤدى أيضاً لتمييزه عن غيره من العقود المماثلة. فالوسائط الإلكترونية المستخدمة فى إبرام هذا النمط التعاقدى تجعل العالم كله قرية واحدة صغيرة حيث تتلاشى أمامها الحواجز الجغرافية.

الفرع الثانى

إبرام العقد الإلكترونى من خلال وسيط إلكترونى

تكمن خصوصية العقد الإلكترونى فى إبرامه أو تنفيذه من خلال وسيط إلكترونى. وعلى ذلك فانه يتميز من حيث أسلوب إبرامه أو تنفيذه، إذ يتم ذلك من خلال وسائط إلكترونية بدأت تحل تدريجياً محل المحررات والوسائل التقليدية([2]). وبمعنى آخر فإن العقد الإلكترونى يقوم على الدعائم الإلكترونية التى أصبحت تغنى عن الدعامات الورقية التقليدية لتتوائم مع التقنيات الحديثة المستخدمة فى التعاقد. فخصوصية

([1]) راجع فى أشخاص القانون **د/ نبيل إبراهيم سعد**، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨؛ **د/ محمد حسام محمود لطفي**، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، القاهرة ٢٠٠٨؛ **د/ همام محمد محمود زهران**،المدخل للقانون، الأصول العامة للقاعدة القانونية والحق، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ٢٠٠٤، ١٢١ وما بعدها؛ **د/ رمضان محمد أبو السعود**، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٥.

([2]) **د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل**، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص ص، ٧٧، ٧٨.

الوسيلة التى يتم اللجوء إليها لإبرام وتنفيذ العقد الإلكترونى تمثل معيار تمييزه عن العقود الأخرى المشابهة. على أن هذا لا يجب أن يدفعنا للقول بأن الوسيط الإلكترونى أو الجهاز الإلكترونى الذى يستخدم فى التعاقد يتمتع بالشخصية القانونية والأهلية التى تؤهله لأن يكون نائباً عن المتعاقد. فلا يمكن قبول القول بأن الجهاز الإلكترونى ينضم لأشخاص القانون إلى جانب الشخص الطبيعى والشخص المعنوى(١). فواقع الأمر أن الجهاز الإلكترونى لا يمكن أن يتمتع بالشخصية القانونية ولا يتمتع بالتأكيد بذمة مالية مستقلة(٢). فضلاً عن أن استحداث شخص جديد من أشخاص القانون يقتضى تدخل المشرع وهو ما لم يحدث فعلاً. ولا يجوز أيضاً القول بأن الجهاز الإلكترونى المستخدم فى التعاقد يعد نائباً عن المتعاقد. وبيان ذلك أنه لا يجوز لصاحب الإرادة (المتعاقد) -على فرض وجود سند الوكالة- أن ينيب عنه عديم الإرادة (الجهاز الإلكترونى) فى إبرام التصرف القانونى. ولا يخفى على الفطنة انعدام سند الوكالة المزعومة فلا يعدو الوسيط أو الجهاز الإلكترونى أن يكون ناقلاً للإرادة من طرف تجاه المتعاقد الآخر(٣). وبعبارة أدق فإن دور الجهاز الإلكترونى يعد بديلاً للوسائل

---

(١) لمزيد من التفاصيل د/ محمد حسين منصور، المسئولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص٢٢.

(٢) د/ سمير حامد الجمال، المرجع السابق، ص٧٥ والمرجع المشار إليها بهامش١.

(٣) د/ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص٣٣ ؛ د/ حسن محمد بودى، المرجع السابق، ص٧٤؛ ولمزيد من التفاصيل راجع فى الفقه الفرنسى

L. Thoumyre, L'échange des consrntement dans le commerce électronique: http: // www. juris com. net.

التقليدية كالرسالة الورقية أو الاتصالات الهاتفية وغير ذلك من الوسائل المستخدمة فى إبرام العقود([1]).

ويقر المشرع هذه الخاصية من خصائص العقد الإلكترونى. ومن ذلك على سبيل المثال ما نصت عليه المادة ٢/١٤ من قانون إمارة دبى بشأن المبادلات والمعاملات الإلكترونية التى تقرر أنه " يجوز أن يتم التعاقد بين **وسائط إلكترونية مؤتمتة**([2]) متضمنة نظامى معلومات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقاً للقيام بمثل هذه المهمات، ويتم التعاقد صحيحاً ونافذاً ومنتجاً لآثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصى أو المباشر لأى شخص طبيعى فى عملية إبرام العقد فى هذه الأنظمة.

ومن جانبه فإن قانون المعاملات الإلكترونية الأردنى رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ قد أكد على ذات الأمر من خلال المادة ١٣ والتي يجرى نصها على أنه " تعتبر الرسالة الإلكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدى".

([1]) د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الاليكترونية ...، مرجع سابق، ص٨٠.

([2]) يقصد بالوسائط الإلكترونية المؤتمتة فى مفهوم هذا القانون برنامج أو نظام لحاسب آلي يمكن ان يتصرف او يستجيب لتصرف بشكل مستقل، كليا أو جزئيا، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له"

الفرع الثالث

غلبة الطابع التجارى على العقد الإلكترونى

قد يتم التعاقد الإلكترونى بين المنتج والموزع أو بين الموزع والمستهلك. وقد يكون العقد الإلكترونى بيعاً أو إيجاراً أو رهناً أو كفالة أو قرضاً ....الخ وعلى ذلك فإن هذا العقد يكون بحسب غرضه أو محله أو أطرافه عقداً تجارياً أو مدنياً. ويسبغ بعض الفقه على هذا العقد الصفة التجارية حتى أن هذا الفقه يطلق عليه تسمية عقد التجارة الإلكترونية([1]) على اعتبار غلبة الطابع التجارى على العقود الإلكترونية فضلاً عن كونها الأداة الرئيسية لأنشطة التجارة الإلكترونية. وخلاصة ما سبق أن العقد الإلكترونى قد يكون مدنياً أو تجارياً أو إدارياً إلا أن أغلب العقود الإلكترونية تتسم بالصبغة التجارية على الأقل من ناحية البائع أو المورد أو الموزع للسلعة أو الخدمة المتداولة بواسطة العقد الإلكترونى.

([1]) د/ محمد حسين منصور، المسئولية الإلكترونية مرجع سابق، ص١٩؛ د/سمير حامد الجمال، المرجع السابق، ص٧١.

الفرع الرابع

مدى إمكانية اعتبار العقد الإلكترونى

من عقود الإذعان

لما كانت الكثير من العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت تبرم وفق نماذج معدة سلفاً من جانب البائع أو الموزع أو المورد فإنه يحق لنا أن نتساءل عن طبيعة هذه العقود وما إذا كانت من عقود الإذعان([1]) من عدمه. فالمسلم به أن العقود المساومة هى تلك التى يتم إبرامها عقب مفاوضات متوازنة ومتكافئة بين طرفيها وذلك التكافؤ قد يكون اقتصادياً أو قانونياً أو حتى فعلياً بحيث لا يتمكن أحد الطرفين من فرض إرادته على الآخر. أما فى عقود الإذعان فإن الطرف الأقوى اقتصادياً أو قانونياً يفرض شروطه على الآخر الذى عليه أن يقبل أو يرفض هذه الشروط كما هى. وعلى ذلك فإنه فى عقود الإذعان يتم التعاقد بموجب شروط معدة سلفاً من جانب الطرف الأقوى اقتصادياً أو قانونياً أو مهنياً([2]). ويمكن وفقاً لهذا المفهوم الحديث لعقود الإذعان

---

[1]) راجع في مفهوم عقود الاذعان وخصائصها وأحكامها، د/ همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام مرجع سابق، ص ٣٢ وما بعدها.

([2]) لمزيد من التفاصيل راجع د/ عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، مرجع سابق، ص٣٠٠ وما بعدها؛ أستاذنا الدكتور/محمد حسام محمود لطفى، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٥٠ وما بعدها؛ أستاذنا الدكتور/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٥٩ وما بعدها؛ الزميل الفاضل د/رمزى رشاد الشيخ، د/ نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص٨٠ وما بعدها؛ د/ عبد المنعم الصده، عقود الإذعان فى القانون المصرى، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٤٦؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص٦٠.

اعتبار التعاقد بحيث نكون بصدد عقداً نمطياً تنعدم به فرصة التفاوض من جانب الطرف الضعيف بشأن هذه البنود([1]). على أن الوصف السابق للعقد الإلكترونى لا يعنى أنه يعد من عقود الإذعان بصفة مطلقة بل يتوقف الأمر على ظروف وآلية إبرام العقد. وعلى ذلك فليس هناك ما يمنع من اعتباره من عقود الإذعان إذا كان فى مكنة الموجب له مناقشة البنود المعروضة من جانب الموجب. فإذا كانت ظروف إبرام العقد الإلكترونى تسمح بالتفاوض الإلكترونى المتكافئ حول بنوده فإننا نكون بصدد أحد عقود المساومة لا الإذعان. فالمعلوم أن التعاقد الإلكترونى فى أحيان كثيرة يتم فى ضوء وجود أكثر من موقع يقدم ذات السلعة أو الخدمة ويتاح فيها التفاوض إلكترونياً بشأن بنود العقد. وخلاصة ما سبق أنه لا يمكن إطلاق وصف الإذعان على العقد الإلكترونى بصفة مجردة وفى كافة الأحوال بل يتوقف الأمر على ظروف كل تعاقد على حده([2]). فإذا توافرت مقومات عقد الإذعان فى التعاقد الإلكترونى جاز للطرف الضعيف الاستفادة من الحماية القانونية المقررة له بموجب المادتين ١٤٩، ١٥١ من القانون المدنى المصرى وأهمها سلطة القاضى فى إبطال الشروط المجحفة بالطرف الضعيف وتفسير الغموض فى بنود العقد لصالحه حيث تم إعداد هذه البنود

([1]) راجع فى ذلك **د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله**، المرجع السابق، ص٥٤؛ **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص٦٣؛ **د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل**، إبرام العقد الإلكترونى فى ضوء القانون الإماراتى والقانون المقارن، بحث مقدم للمؤتمر العلمى الأول الذى نظمته كلية شرطة دبى تحت عنوان " الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، فى الفترة من ٢٦ – ٢٠٠٣/٤/٢٨، ص٢٤٨.

([2]) فى نفس المعنى **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص ص ٦٤، ٦٥.

بمعرفة الطرف الأقوى وبالتالى فإنه يتحمل نتيجة ما شابها من غموض.

وخلاصة ما سبق أن ظروف إبرام العقد الإلكترونى هى التى تؤدى لتكييفه كعقد إذعان من تعريفه يمكننا الآن أن نميزه عن العقود المماثلة وهو ما سنعرض له بإيجاز شديد فى المطلب التالى.

المطلب الثانى

تمييز العقد الإلكترونى عن العقود المشابهة

إذا كان العقد الإلكترونى يتقاطع مع غيره من العقود فى بعض النواحى، فإنه يظل متميزاً عنها ويبقى كذلك مستقلاً بأحكامه الخاصة التى تتلائم مع سماته. وسنوضح ذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول : التمييز من حيث اسلوب التعاقد.

الفرع الثانى: تمييز العقد الإلكترونى عن غيره من عقود البيئة الإلكترونية.

الفرع الأول

التمييز من حيث اسلوب التعاقد

يتفق العقد الإلكترونى مع العقود التقليدية من نواحى عديدة ولكنه يختلف عنها فى وسيلة إبرامه وهو ما يجعله منفردا ببعض الأحكام الخاصة به سيما فى الدول التى حدثت قانونها المدنى بإضافة بعض الأحكام الخاصة بهذا النمط التعاقدى الحديث كفرنسا، أوفي الدول التى سنت تشريعات مستقلة لتنظيم المعاملات الإلكترونية كالإمارات العربية

وتونس والأردن وعمان. وسنعرض فيما يلي لتمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود التى تختلف عنه فى اسلوب الإبرام.

أولاً: العقد الإلكترونى والعقد التقليدى:

لا شك في ضرورة توافر أركان العقد وهى الرضا والمحل والسبب([1]) من أجل صحته. فهذه العناصر لا مناص من توافرها فى كل عقد. وعلى ذلك فلابد فى كافة الأحوال من توافر الرضا الصحيح وتطابق الإيجاب مع القبول وأن يكون محل العقد وسببه قد استوفيا الشروط القانونية اللازمة. وبجانب ذلك فإنه يجب توافر أهلية التعاقد من جانب الطرفين وفقاً لطبيعة العقد وفقاً لماد إذا كان من أعمال التصرف أو من أعمال الإدارة. على أن خصوصية العقد الإلكترونى تتجلى فى الوسيلة التى تستخدم فى نقل إرادة كل طرف للآخر أو التفاوض بشأن بنود العقد؛ ففى العقد التقليدى وبسبب توافر عناصر مجلس العقد الحقيقى يستطيع كل طرف أن يتأكد من شخصية الطرف الآخر ويتعرف على مدى جديته فى التعاقد. كما يتيح التعاقد التقليدى أيضاً التعرف على محل التعاقد بسهولة بينما قد لا تتوافر هذه الإمكانية بذات الدرجة فى التعاقد الالكتروني([2]). ومن حيث مجلس العقد كمعيار للتمييز؛ فإن العقد التقليدى يتم عادة من خلال **مجلس العقد الحقيقى**

([1]) جدير بالذكر أن عناصر العقد وفقا للقانون المدني الفرنسي هى الرضا والمحل والسبب والأهلية.

([2]) د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص٧٢؛ د/ أشرف عبد الرازق ويح/ المرجع السابق، ص٥٠ ؛ د/ حسن محمد بودى، المرجع السابق، ص ١٦٢ وما بعدها.

الذى يتلاقى فيه الطرفان جسدياً فى مكان واحد يجمعهما أثناء التفاوض وتطابق الإيجاب مع القبول بحيث يتم ذلك فى ذات الزمان والمكان. ولا يصدق هذا الأمر بشأن العقد الإلكترونى الذى يعد من العقود بين غائبين من حيث المكان وحاضرين من حيث الزمان([1]) كما سنوضح فيما بعد. وبمعنى آخر فإن مجلس العقد الإلكترونى يعد مجلساً حكمياً حيث أنه من العقود التى تبرم عن بعد.

ثانياً: العقد الإلكترونى والتعاقد عن طريق التليفون أو الفاكس:

قد يتبادل طرفا العقد التعبير عن الإرادة من خلال الاتصال الهاتفى أو بإرسال رسالة عبر الفاكس..الخ وسواء تم التعاقد بهذه الوسيلة أو تلك فإن العقد المبرم بإحداها يتفق مع العقد الإلكترونى إذ هى جميعاً عقود تبرم بين غائبين من حيث المكان على الأقل. على أن العقد الإلكترونى يظل متميزاً عن التعاقد بالتليفون أو بالفاكس من نواحي عديدة؛ فهو يختلف عن التعاقد بالتليفون من حيث أن الإرادة يتم تبادلها شفوياً حال إبرام التعاقد بواسطة التليفون. بينما فى حالة العقد الإلكترونى قد يتفاعل الموجب مع الموجب له بالصوت والصورة أو بالكتابة من خلال الصفحات الويب Web أو عبر البريد

([1]) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط فى قانون المعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص١٣٧؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص٦٧؛ د/سمير حامد الجمال، المرجع السابق. ص١٣٣؛ د/ سامح عبد الواحد التهامى، المرجع السابق، ص ٢٠٥؛ د/ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص ٧٢.

الالكتروني E. mail. ففى حال التعاقد بواسطة الهاتف قد يتطلب الأمر تأكيداً كتابياً على التعاقد من أجل إثبات العقد حال نشوء نـزاع بـصدد أحد بنوده. وحين يتعلق الأمر بالتعاقد الإلكترونى عبر الإنترنت، فـإن المشرع سواء فى مصر أو فرنسا يقر بحجية كلاً من المحرر أو التوقيع الإلكترونى، وهو ما يجعل إثبات هذا التعاقد أمراً ميسوراً[1].

أما فيما يتعلق بالفارق بين العقد الإلكترونى ونظيره الـذى يـتم بواسطة جهاز الفاكس، فإن ذلك يتمثل فى أن الفاكس هو مجرد وسـيلة لتبادل المستندات أو المحررات الخاصة بالتعاقد فى شكل ورقى. ويعنى ذلك أن الوجود المادى للمحرر التقليدى يتحقق حال التعاقـد بواسـطة الفاكس. أما فيما يخص التعاقد الإلكترونى فإن التفاوض وابرام العقـد وتبادل المحررات الخاصة به يتم إلكترونياً. بحيث تتخـذ المـستندات العقدية وما يرد عليها من توقيعات الشكل الإلكترونى[2].

ثالثاً: العقد الإلكترونى والتعاقـد بواسـطة التليفزيـون أو الوسـائل المماثلة:

يتفق العقد الإلكترونى مع التعاقد بواسطة التلفزيون أو الوسـائل المشابهة من حيث أن **الإيجاب فيهما يكون غالبا موجهاً للجمهور** الذى يرغب فى التعاقد بشأن إحدى السلع أو الخدمات. على أنهما يتميـزان

---

(1) د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص٦٧.

(2) د/ فاروق الأباصيرى، عقد الاشتراك فى قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣، ص٤٤.

من حيث أن مدة العرض وأسلوب التعاقد تختلف بشأن كلاً منهما؛ ففى التعاقد بواسطة التليفزيون قد تكون مدة عرض الإيجاب هى عدة ثوانى وهى مدة الإعلان التجارى الخاص بالسلعة أو الخدمة محل الإيجاب. فإذا أراد المتعاقد التعرف على تفاصيل التعاقد أو رغب فى إبرام العقد فإن عليه الاتصال بالموجب أو الانتقال لمقر عمله أو أحد فروعه. أما فى حالة التعاقد الإلكترونى فإن الموجب له يستطيع أن يتعرف على كافة معلومات التعاقد وبنوده من خلال الموقع التجارى الإلكترونى للموجب. كما يمكنه التفاوض وإبرام العقد بل وتنفيذه أحياناً إلكترونياً، دون حاجة للاتصال التليفونى أو الانتقال الفعلى المادى لمقر تجارة الموجب أو لموطنه(١).

ومن ناحية أخرى فإن العقد الإلكترونى يتميز عن التعاقد بواسطة التليفزيون أو ما شابهه من وسائل، من حيث أن الأول يتيح التفاعل والتفاوض مباشرة بين طرفى العقد. كما يمكن أيضاً تنفيذه إلكترونياً إذا كان محله يسمح بذلك. وفضلاً عن ذلك فإن الوفاء فى التعاقد الإلكترونى يمكن أيضاً أن يتم من خلال وسائل الدفع الإلكترونية(٢)

---

(١) د/ سامح عبد الواحد التهامى، المرجع السابق، ص١٦٤ ؛ د/ سمير حامد الجمال، المرجع السابق، ص ص٦٩-٧٠؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص٦٩.

(٢) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط فى قانون المعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص١٤٠؛ د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص ٧٣.

كبطاقات الائتمان أو التحويل أو القيد المصرفى الإلكترونى أو غير ذلك من الوسائل المماثلة.

الفرع الثانى

تمييز العقد الإلكترونى عن غيره من عقود البيئة الإلكترونية

يعد العقد الإلكترونى أهم آليات التجارة الإلكترونية غير أنها تتضمن صوراً أخرى من العقود تستقل فى أحكامها عن العقد الإلكترونى بالمفهوم الذى انتهينا إليه. وبعبارة أخرى فإن البيئة الرقمية قد أفرزت – وما تزال – عقوداً عديدة تختلف بجانب العقد الإلكترونى. ومن ذلك عقود الخدمات أو المعلومات الالكترونية. فمثل هذه العقود تتميز عن العقد الالكتروني وإن كانت تلزم أحياناً لتيسير إبرامه أو تنفيذه([1]).

وهكذا نتبين أن بعض عقود البيئة الإلكترونى تعد لازمة بداءة للتمكن من إبرام أو إثبات أو تنفيذ العقد الإلكترونى. كما ترتبط مثل هذه العقود به أيضاً ارتباط لزوم فى بعض الأحيان كعقد الإعلان الإلكترونى الذى يلزم لترويج السلع والخدمات، والذى يلزم لحث الجمهور على إبرام العقد الإلكترونى الذي يرد عليها. وسوف نعرض

([1]) د/ محمد حسين منصور، المسئولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص٢٦؛ **د/محمد عبد الظاهر حسين**، المسئولية القانونية فى مجال شبكات الإنترنت، دار النهضة العربية ٢٠٠٢، ص١٩.

بإيجاز شديد فيما يلى لأوجه التمييز بين العقد الإلكترونى وهذه العقـود وذلك فيما يلى:

أولاً: العقد الإلكترونى وعقد إنشاء المتجر الإلكترونى([1]):

يتعلق عقد إنشاء المتجر الإلكترونى([2]) بإنشاء ذلك المتجر والذى يحتاج لترخيص باستخدام برنامج متخصص يسمح للتـاجر بمباشـرة أعمال التجارة الإلكترونية وذلك نظير مقابل مالى محدد يؤديه طالـب إنشاء المتجر([3]). ويفرض هذا العقد على طرفيه أيضاً التزاماً بـاحترام القوانين ذات الصلة([4]). كما يلزم التوفيق بين مصالح صاحب المتجـر ومصالح أصحاب المتاجر الإلكترونية الأخرى([5]) التى تعمل تحت ذات

([1]) جدير بالذكر أن البعض يطلق على هذا العقد اسم عقد المشاركة لكونه يتـيح للمتجر الافتراضى الذى ينشأ بموجبه لصالح أحد المنتجين أو المـوزعين أو الموردين أن يصبح مشاركاً فى المركز التجارى الإلكترونى الـشامل الـذى يضم تحت لواءه العديد من المتاجر الإلكترونية تحت عنوان واحد؛
راجع فى ذلك د/أسامة **أبو الحسن مجاهد**: الوسيط فـى قـانون المعـاملات الإلكترونية ....، مرجع سابق، ص١٥٦، والمرجع المشار إليها بهامش١.

([2]) يمكن تعريف المتجر الإلكترونى بأنه خدمة إلكترونية يتم الدخول إليها عبـر شبكة الإنترنت المتاحة بكافة المتعاملين والتى تسمح للتجار بعرض منتجـاتهم أو خدماتهم للتعاقد من خلالها. راجع فى ذلك:
Le Costes. Aperçu sur le droit du commerce électronique aux Etats Unies: Droit et Patrimone, n. 55, déc. 1997, p. 66.

([3]) ومثال ذلك المتجر الإلكترونى الذى افتتحته شركة IBM Europe فـى ١٩٩٧/١٠/١٥.

([4]) **A. Bensoussan**, Internet aspects juridiques, op. cit., p. 130.

([5]) **A. Bensoussan**, Internet aspects juridiques, op. cit., p. 130.

العنوان. ويعد عقد إنشاء المتجر الإلكترونى من **عقود المعلومات** التى تندرج ضمن عقود المقاولة([1]). ويتضح مما تقدم ن عقد إنشاء المتجر الافتراضى أو الإلكترونى هو أحد الخطوات اللازم: لإبـرام أو تنفيـذ العقد الإلكترونى. وعلى ذلك فإن كلا العقدين يستقل عـن الآخـر ولا يختلط به أو يعد مرادفاً له([2]).

ثانياً: عقد الدخول إلى شبكة الإنترنت:

يعد عقد الدخول إلي شـبكة الإنترنـت أكثـر عقـود التجـارة الإلكترونية شيوعاً. ويعتبر هذا العقد أيضاً خطوة مبدئية لازمة لإبـرام أو تنفيذ العقد الإلكترونى. ومن ناحية أخرى فإن عقـد الـدخول إلـى الشبكة يمثل أحد عقود الإذعان، إذ يتم وفق لبنود معدة سلفاً، ولا يجوز للعميل مناقشة بنوده، فإما أن يقبلها جميعاً أو يرفضها بأكملها. وهكـذا فإن مورد الخدمة باعتباره الطرف الأقوى يفرض إرادته على العميـل الذى يعد الطرف الأضعف من الناحيـة القانونيـة والاقتـصادية بـل والمهنية. وحرى بالبيان أن عقد الدخول إلى الشبكة يفرض على عاتق مقدم الخدمة التزاماً بتحقيق نتيجة([3]) تتمثل فـي تمكـين العمـل مـن

([1]) **أستاذنا الدكتور/ محمد حسام محمود لطفى**، عقود خدمات المعلومـات، القاهرة ١٩٩٤، ص١٦٣ وما بعدها.

([2]) د/ **محمد حسين منصور**، المسئولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٣١.

([3]) راجع فى التمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببـذل عنايـة **أسـتاذنا الدكتور/نبيل إبراهيم سعد**، النظرية العامة للالتزام، مـصادر الالتـزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٤ ص١٥ وما بعدها؛ **د/ إسـماعيل عبـد النبي شاهين**، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، ص ص ١٤-١٥.

الحصول على الخدمة محل التعاقد. كما يلزم هذا العقد المورد أيضاً بعدم الدخول إلى مواقع تقدم مواد غير مشروعة([1]).

وخلاصة القول أن عقد الدخول إلى الشبكة وإن كان يتفق مع العقد الإلكترونى من حيث كونهما من عقود التجارة الإلكترونية، إلا أن الأول يظل متميزاً ومستقلاً عن الثانى بل وقد يمثل آلية لازمة لإبرامه أو تنفيذه.

([1]) د/ محمد حسين منصور، المسئولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص٢٦ والمراجع المشار إليها بهامش ١.

الفصل الأول

مفهوم مجلس العقد وعناصره وصوره

حظيت نظرية مجلس العقد بعناية فائقة من جانب الفقه الإسلامي، بينما لم تصادف هذه النظرية ذات الاهتمام من ناحية فقه القانون المدنيسواء المصي أو العربي([1]). فمجلس العقد اذا هو فكرة إسلامية أصيلة([2]) تؤكد على سبق الفقه الإسلامي ومرونة قواعد الشريعة الإسلامية وشمولها وصلاحيتها لكل زمان ومكان.

وقد تبنت التشريعات العربية هذه النظرية أخذا عن الفقه الإسلامي وإن كانت لم تعالجها بالتفصيل اللازم خاصة فيما يتعلق بالتعاقد الإلكتروني. ويلزم التنويه إلى أن نظرية مجلس العقد تجد مجال تطبيقها فى إطار العقود التى تقتضى تطابق إرادتين هما الإيجاب والقبول.

([1]) ولعل ذلك يرجع لعدم عناية المشرع اوالفقه في فرنسا بهذه النظرية. فالفقه الفرنسي يعد الموجه لنظيره المصرى بحيث يحرص هذا الأخير على البحث فيما سبقه إليه الفقه الفرنسي.

([2]) د/ عبد الرزاق السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الإسلامي، جـ٢، معهد البحوث والدراسات العربية، ط٣، ص٦؛ د/ محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص٢٥؛ د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٩.

ويعنى ذلك أن هذه النظرية لا تنطبق بشأن التصرفات التى تتم بالإرادة المنفردة([1]) كالجعالة والإبراء والوصية.

ويتفق هذا المنطق مع ما ذهبت إليه التشريعات العربية([2]) وكذلك القانون المدنى الفرنسى([3]). فالعقد وفقاً لهذه التشريعات يتمثل فى ارتباط وتطابق الإيجاب الصادر عن الموجب بالقبول الصادر عن الموجب له وذلك من خلال مجلس العقد الحقيقى أو الحكمى([4]). وإذا كان مجلس العقد يعد خطوة أو مرحلة ضرورية من مراحل التعاقد الذي قد يتم على أثر مفاوضات تجرى بين الطرفين من أجل الاتفاق على بنود العقد تتوج في النهاية بتطابق الإيجاب والقبول فننتقل لمرحلة إبرام العقد ثم تنفيذه بعد ذلك. ويستفاد من ذلك أن مجلس العقد يعد الحلقة الأخيرة فى سلسلة الفترة السابقة على التعاقد كما يمثل فى الوقت ذاته المرحلة الوسطى بين المرحلة السابقة على التعاقد ومرحلة قيام العقد فعلاً، ففترة المجلس هى الفترة التى ينعقد خلالها العقد.

([1]) د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعى، المرجع السابق، ص١١ والمراجع المشار إليها بهامش١.

([2]) راجع فى ذلك المادة ٨٧ و المادة ٩٥ من القانون المدنى الأردنى .

([3]) راجع فى ذلك المادة ١١٠٨.

([4]) د/ يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجاب والقبول فى القانون الأردنى والمقارن، مرجع سابق، ص٧٨، وانظر أيضاً لذات المؤلف، الإيجاب والقبول فى القانون الأردنى والمقارن، المبدأ وتطوره، مجلة الشريعة والقانون، التى تصدر عن جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع ١٦، يناير ٢٠٠٢، ص٩٢ وما بعدها.

وعلى ذلك فإنه إذا كان الممكن الاستغناء عن مرحلة المفاوضات، فإنه لا يمكن بل ولا يتصور الاستغناء عن مجلس العقـد إذ بدونــه لا تقوم للعقد قائمه. ولبيان ماهية مجلس العقد فإننا سوف نقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: تعريف مجلس العقد وعناصره.

المبحث الثانى: صور مجلس العقد وموقع العقد الإلكترونى منها .

المبحث الأول

تعريف مجلس العقد وعناصره

لا شك أن أدق ما يصادف الفقه هو وضع تعريف جامع مانع لفكرة قانونية ما. ولا شك أن الأمر يزداد صعوبة ودقة وتعقيداً إذا كانت الفكرة محل التعريف هى " مجلس العقد" خاصة في شكله الإلكترونى. ولعل مصدر الدقة والصعوبة يكمن فى تنوع أساليب التعاقد وطبيعة العقود.

ويضاف لذلك هذا التزايد المستمر لاستخدام الوسائل الحديثة فى إبرام العقود وأهمها شبكة الإنترنت. ويرتبط بتعريف مجلس العقد أيضا استخلاص عناصر من التعريف المنضبط لنظرية أو فكرة مجلس العقد. وسنحاول من خلال المبحث الماثل بيان حكمة مجلس العقد ودليله ثم نعرج لتعريفه حتى نستطيع تمييزه عن غيره من المراحل التعاقدية.

كما سنحاول من خلال التعريف المختار استخلاص عناصر مجلس العقد.

وعلى ذلك فإن هذا المبحث سينقسم إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: حكمة مجلس العقد ومفهومه وعناصره.

المطلب الثانى: تمييز مجلس العقد عن مرحلة المفاوضات.

المطلب الأول

حكمة مجلس العقد ومفهومه وعناصره

لمجلس العقد أهمية قصوى فى مجال التعاقد إذ يعد الفرصة الأخيرة للموجب والموجب له للتفكير والتروى قبل إبرام العقد. ويتحقق ذلك من خلال وجود الطرفين فى مكان واحد إذا كان التعاقد يتم بين حاضرين بما يتيح لكل طرف التحقق من شخصية الطرف الآخر ومدى أهليته لإبرام العقد المزمع إبرامه. وفضلاً عن ذلك فإن المجلس يعطى للموجب له فترة تكفى للتفكير قبل إعلان قراره النهائى بشأن العقد.

ويتمثل الغرض من مجلس العقد بصفة عامة في " تحديد المدة التى يصح أن تفصل الإيجاب عن القبول، حتى يتمكن من عرض عليه الإيجاب من المتعاقدين أن يتدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه، ولكن من جهة أخرى لا يسمح له أن يمعن فى تراخيه إلى حد الإضرار بالموجب بإبقائه معلقاً مدة طويلة دون الرد على إيجابه، فوجب إذاً التوسط بين الأمرين، ومن هنا نبتت نظرية مجلس العقد"(1).

والواقع أنه بدون تبني نظرية مجلس العقد سيكون من العسير إبرام العقود. ولعل هذا ما يفسرتبني المشرع العربي لهذه النظرية حتي

---

(1) د/ محمد السعيد رشدى، المرجع السابق، ص٢٥؛ د/ عبد الرزاق السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، مرجع سابق، جـ١، ص٩٠؛ د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة فى الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٤، ص٩٤.

" لا ينسد باب التعاقد لتفرق الإيجاب عن القبول، لذلك كـــان المجلـــس جامعاً للمتفرقات واعتبار ساعاته ساعة واحدة"([1]).

ويستفاد مما تقدم أنه لولا الأخذ بنظرية مجلس العقــد لاســتحال القول بتطابق الإيجاب والقبول، ومن ثم يتعذر انعقاد العقد.

ولعل هذا أيضاً هو ما يفسر لنا أن هذه النظرية لا تجد تطبيقاً فى إطار التصرفات القانونية التى تبرم بالإرادة المنفردة. فلا محل لتطابق الإرادتينفيالفرض الأخير إذ لا وجود إلا لارادة واحدة فقط.

وسوف نقسم هذا المطلب إلى الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول: حكمة مجلس العقد.

الفرع الثانى: تعريف مجلس العقد.

الفرع الثالث: عناصر مجلس العقد.

([1]) د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع الـسابق، ص٢١٣؛ فـي نفـس المعنى د/ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص ٢١٧.

الفرع الأول

حكمة مجلس العقد

تعمل نظرية مجلس العقد على تحقيق مصلحة المتعاقدين والغير. كما تؤدى لحماية العقد ذاته حيث تضمن استقراره وبالتالى استقرار التعاملات القانونية وهذا ما سنوضحه فيما يلى:

أولاً: حماية مجلس العقد للمتعاقدين والغير:

لاشك أن الأخذ بنظرية مجلس العقد من شأنه صيانة مصالح المتعاقدين وكذلك الحفاظ على مصالح الغير.

وفيما يتعلق بحماية مصالح المتعاقدين فإن ذلك أمر واضح سواء بالنسبة للموجب أو القابل؛ فمن حيث **حماية فكرة مجلس العقد لمصالح الموجب**، فإن مجلس العقد يتيح له العدول عن الإيجاب أو الرجوع فيه وذلك متى وجد بعد التفكير والتدبر أن مصلحته تقتضى الرجوع عن هذا الإيجاب متى توافرت شروط خيار العدول.

و يظل هذا الخيار قائماً طالما لم يصدر القبول المطابق لهذا الإيجاب بعد.

وفضلاً عن ذلك فإنه حتى ولو انعقد العقد ولازال المتعاقدان بمجلس العقد فإن الفقه الإسلامى يمنحهما عدة خيارات كخيار الرجوع

عن الإيجاب وخيار القبول وكذلك خيار المجلس وفقا للفقه الإسلامي[1].

ومن ناحية أخرى فإن مجلس العقد هو الذى يجعل الإيجاب مرتبطاً بإطار زمنى يجب أن يصدر القبول خلاله سواء كان هذا الإطار الزمنى محدد صراحة من جانب الموجب كحالة الإيجاب الملزم المقترن بمدة محدده، أو كان هذا الإطار محدد ضمناً كحالة الإيجاب غير المقترن بمدة معينة. ومن جماع ما تقدم نتبين أنه بإعمال نظرية مجلس العقد ووضع ضوابطها الدقيقة نحقق مصلحة الموجب وندفع عنه الضرر[2].

أما من حيث **حماية الموجب له** من خلال نظرية مجلس العقد فإن ذلك يتبين من حيث كونه يمنحه فترة كافية للتفكير واتخاذ القرار المناسب بشأن التعاقد والانتهاء لإبرام العقد من عدمه. وبمعنى آخر فإنه بدون الأخذ بفكرة مجلس العقد لن يتيسر للموجب له الحصول على وقت للتفكير قبل اتخاذ قرار التعاقد.

---

(1) لمزيد من التفاصيل راجع د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، العقد غير اللازم...، مرجع سابق، ص٩٥ وما بعدها؛ د/ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص ٨٣ وما بعدها؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص٢٨٤.

(2) د/ عبد الرزاق السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، مرجع سابق، ص٦؛ د/ شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية، جـ١، طرفا الالتزام، مطبعة الاعتماد، بدون تاريخ، ص١٣٨.

وفضلاً عن ذلك فإن أغلبية الفقه الإسلامي يعترف بخيار المجلس الذي يتيح للموجب أو القابل الرجوع عن التعاقد حتى بعد انعقاد العقد طالما بقي مجلس العقد قائماً.

ثانياً: حماية مجلس العقد للتعاقد ذاته:

فضلاً عن تحقيق نظرية مجلس العقد لمصلحة الطرفين والغير فإنها تحمي أيضاً مصلحة العقد ذاته اذ تؤدي لاستقرار المعاملات. و يتحقق ذلك من خلال تحديد مكان إبرام العقد وزمانه وكذلك تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر النزاعات التي قد تنشأ عن العقد. ومن ناحية أخرى فإن نظرية مجلس العقد هي التي تضمن عدم انقضاء فترة طويلة بين صدور الإيجاب والتعبير عن القبول وارتباطهما. فبدون هذه النظرية سيظل الإيجاب معلقاً لفترة طويلة ولا تستقر المعاملات، أو يجبر القابل على التعبير عن إرادته فورا ودون تفكير أو مراجعة لقراراته التعاقدية. وعلى ذلك فانه بدون تطبيق النظرية لا يكون ممكناً تطابق الإيجاب والقبول وبالتالي يصبح من المستحيل إبرام العقد([1]).

وفضلاً عما سبق فإنه عندما يتم التعبير عن الإيجاب والقبول بالألفاظ فإنه يخشى مع تباعد الفترة الزمنية المنصرمة بين الإيجاب

([1]) د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعي، المرجع السابق، ص٢١٧؛ د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، العقد غير اللازم...، المرجع السابق، ص ٩٤؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص٢٨٤.

والقبول أن يحدث تحريف أو تعديل لمضمونهما أو يثور الشك بشأن مدلول عبارات كلاً منهما([1]).

الفرع لثانى
تعريف مجلس العقد

يجدر بنا قبل أن نعرف مجلس العقد أن نبين الدليل على وجود تلك الفكرة أيضا. ولما كان المجلس فكرة مستمدة من الفقه الإسلامي فإننا سنبحث عن دليل وجوده في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وكذلك من خلال نصوص القانون المدنى.

أولا: دليل وجود نظرية مجلس العقد:

تؤكد العيد من الآيات القرآنية على وجود نظرية مجلس العقد قوله تعالى **﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾**([2]). وكما هو واضح من الآية الكريمة فإن وجود الكاتب وتحرير المستند العقدى أو قبض الرهن كلها أمور تستلزم وجود مجلس العقد أصلاً. ويضاف إلى الدليل السابق قوله تعالى **﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم﴾**([3]). فالآية الكريمة تحث على الإشهاد على التعاقد وهذا ما لا يتصور إلا من خلال مجلس العقد([4]).

([1]) د/ عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص١٤٦.

([2]) الآيه ٢٨٣ من سورة البقرة.

([3]) الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة.

([4]) ومن الآيات الكريمة التى تؤكد على ضرورة مجلس العقد الآية ٢٩ من سورة النساء حيث يقول الله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل

وقد بينت السنة النبوية المطهرة أيضاً ضرورة نظرية مجلس العقد. ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم " **المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله**". وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم " **لا يتفرق البيعان إلا عن رضا**". ويستفاد من هذا الحديث الشريف أن المتعاقدان لا يتفرقا من مجلس العقد إلا عن رضا. فالتفرق يعنى منطقياً سبق وجود المجلس الذي كان يجمعهما([1]).

أخذت **التشريعات العربية** هذه النظرية عن الفقه الإسلامى وحرصت على النص عليها وإن كان ذلك من خلال نصوص محدودة لا تكفي لتفصيل أحكام هذه النظرية. ومثال ذلك ٩٤ من القانون المدنى المصرى([2]) وكذلك المادة (٩٦) من القانون المدنى الأردنى التى تنص على أن " المتعاقدين بالخيار إلى آخر المجلس، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الأعراض يبطل المجلس ولا عبرة للقبول الواقع بعد ذلك". وفى ذات السياق فإن المادة ٤٦ من القانون المدنى الكويتى تنص على أنه "إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد من غير أن يتضمن ميعاداً للقبول كان

إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾. وتدل هذه الآية الكريمة على أهمية مجلس العقد لأن التراض لا يكون إلا من خلال هذا المجلس.

([1]) لمزيد من التفاصيل فى هذا الصدد راجع، **د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعى،** المرجع السابق، ص٢٢٠ وما بعدها.

([2]) ويستفاد ذلك أيضاً من خلال نص الفصل ٢٣ والفصل ٢٤ من قانون الالتزامات والعقود المغربى.

لكل من المتعاقدين الخيار على صاحبه إلى انقضاء هذا المجلس، وإذا انقضى مجلس العقد دون أن يصدر القبول اعتبر الإيجاب مرفوضاً".

وهكذا نرى أن اصطلاح مجلس العقد قد ورد صراحة في العديد من التشريعات العربية([1]).

ثانياً: المقصود بمجلس العقد:

يعرف البعض مجلس العقد بأنه " اجتماع المتعاقدين في زمان محدد ومكان محدد بقصد الاتفاق على عقد"([2]). والواقع أن هذا التعريف وإن كان يمتاز بالتركيز وببيان عناصر مجلس العقد إلا أنه - يصدق فقط على مجلس العقد الحقيقى ولا يمتد ليشمل مجلس العقد الحكمى الذى يعبر عنه الفقه التشريعى بالتعاقد بين غائبين. و يعنى ذلك عدم شمول هذا التعريف لمجلس العقد الإلكترونى الذى ينتمى وفقاً للأغلبية الساحقة للفقه لطائفة التعاقد بين غائبين على الأقل من حيث المكان.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أن مجلس العقد هو " المكان الذى يضم المتعاقدين. وليس الملحوظ فيه المعنى المادى للمكان بل الملحوظ فيه هو الوقت الذى يبقى فيه المتعاقدان مشغولين بالتعاقد دون

([1]) ومثال ذلك المادة ٩٤ من القانون المدنى والمادة ٩٦ من القانون المدنى الأردنى والمادة ٤٦ من القانون المدنى الكويتى والمادة ١٣٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

([2]) أنظر على سبيل المثال د/ يزيد أنيس نصير، الارتباط بين القبول والإيجاب فى القانون الأردنى والمقارن، مرجع سابق، ص١١٢.

أن يصرفهما عن ذلك شاغل آخر"([١]). وفى نظر البعض الآخر من الفقه فإن مجلس العقد يقصد به " الفترة التى يقع فيها تلاقى الطرفين بعقد العقد"([٢]). ويتميز هذا التعريف في نظرنا بأمرين: أولهما الإيجاز غير المخل وثانيهما إبراز أهمية العنصر الزمانى لمجلس العقد الذى يعد العنصر الجوهرى للمجلس سواء كان حقيقياً أو حكمياً. على أن التعريف المذكور لم يبرز العنصر المكانى الذى يعد أحد عناصر مجلس العقد الحقيقي والذى يعد المعيار المميز بين صورتيه وهما: المجلس الحقيقي والمجلس الحكمي.

ويعرف فريق من الفقه أيضاً مجلس العقد بأنه " الحالة التى ينشغل فيها المتبايعان بالبيع بما تستلزمه من المكان والزمان وظروف الانشغال بالتعاقد"([٣]). وإذا كان هذا التعريف قد جاء فى سياق مجلس عقد البيع إلا أنه يصلح لتعريف مجلس العقد بصفة عامة. ويتميز هذا التعريف بإبراز عنصر الزمان وكذلك عنصر المكان. كما أنه يؤكد أيضا على ضرورة انشغال المتعاقدين بأمور التعاقد طالما بقى مجلس العقد قائماً. ويتسع هذا التعريف ليشمل مجلس العقد الحقيقى والحكمى وبالتالى فإنه يصلح فى إطار مجلس العقد التقليدى أو الإلكترونى خاصة وأنه يبين دور ظروف الانشغال بالتعاقد التى قد ترتبط – بلا شك –

([١]) د/ محمد السعيد رشدى، المرجع السابق، ص٢٨.

([٢]) د/ شفيق شحاته، المرجع السابق، ص١٣٨.

([٣]) د/ عبد الناصر العطار، أحكام العقود فى الشريعة الإسلامية والقانون المدنى، عقد البيع، مطبعة السعادة، بدون تاريخ، ص١٦٣.

بطبيعة الوسائل المستخدمة فى إبرام العقد وتبادل الإرادة بين طرفى العقد.

ويرى بعض الفقه([1]) أن هذا التعريف ليس واضحاً أو متناسقاً. كما يعيب عليه استخدام لفظ " الحالة" فى سياق التعريف والذى من شأنه أن يجعل من مجلس العقد وحدة معنوية وهو ما يعد محلاً للنقد([2]).

ويعرف جانب من الفقه مجلس العقد أيضاً بأنه " مكان وزمان التعاقد والذى يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينقضى بانتهاء الانشغال بالتعاقد"([3]). ويبرر أنصار هذا التعريف صياغته هذه بأنها جاءت عامة ومشتملة على عنصرى المجلس وهما العنصر المكانى والعنصر الزمانى. ويبين هذا التعريف أيضاً أن مجلس العقد يعد إحدى الفترات التى تسبق التعاقد ولذلك فإن أشخاص المجلس يطلق عليهما المتعاقدين لا العاقدين لأن العقد لا ينعقد إلا فى نهاية مجلسه. كما يحدد هذا التعريف النطاق الزمنى للمجلس من حيث بدايته التى تنطلق مع بدء الانشغال بصيغة العقد ونهايته التى ترتبط إما بإبرام العقد فعلاً أو بانتهاء الانشغال بأمور التعاقد. ويرى صاحب هذا التعريف أيضاً أن عبارة " الانشغال البات بالصيغة" هى التى تمثل معيار التمييز بين

([1]) د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص ص ٩٧، ٩٨.

([2]) د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص٩٤ وما بعدها، ولمزيد من التفاصيل حول موقف الفقه الإسلامى من تعريف مجلس العقد أنظر ذات المرجع ص٨٣ وما بعدها.

([3]) د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص١٢٨.

المجلس ومرحلة المفاوضات السابقة عليه. ففي المرحلة الخاصة بالتفاوض لا يكون الانشغال بالتعاقد باتاً بل نكون في مرحلة التمهيد للتعاقد. ويضيف هذا الجانب الفقهي أن كلمة المجلس تشتمل عنصري الزمان والمكان معاً وتبرز العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للمجلس من خلال عبارة " مكان وزمان" الواردة في سياق التعريف. ويشمل هذا التعريف صورتي مجلس العقد: المجلس الحقيقي الذي يتحقق حال التعاقد بين حاضرين ويتوافر بشأن التعاقد التقليدي. والمجلس الحكمي الذي يخص حالة التعاقد بين الغائبين ومنها التعاقد الإلكتروني الذي يتم عن بعد بحيث لا يجمع المتعاقدين فعلياً مكاناً واحداً(1).

ونحن من جانبنا نرى أن مجلس العقد يتمثل في **" الإطار الزماني والمكاني الذي يجمع المتعاقدين حقيقة أو حكماً والذي ينشغلان خلاله بإبرام العقد ويتبادلان فيه التعبير عن الإيجاب والقبول بالوسائل التقليدية أو المستحدثة"**. ويحرص هذا التعريف على شمول وبيان عدة أمور لعل أهمها:

١- **تجنب الإيجاز المخل أو الإسهاب الممل** من خلال سرد أمور تستفاد ضمناً وتستخلص بيسر من سياقه.

---

(1) د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص١٢٨ وما بعدها.

٢- **التأكيد على عنصرى مجلس العقد وهما:** العنصر الزمانى والعنصر المكانى. وقد قدمنا الأول على الثانى لأهميته([١])، حيث العنصر الزمانى وحده فى حالة مجلس العقد الحكمى (التعاقد بين غائبين).

٣- شمول التعريف لمجلس العقد الحقيقى والحكمى وكذلك للتعاقد بالوسائل التقليدية أو المستحدثة كالتعاقد الإلكترونى.

٤- شمول التعريف لما قد يستجد من وسائل لنقل الإرادة وتبادل الإيجاب والقبول حيث حرصنا على استخدام عبارة " الوسائل التقليدية أو المستحدثة". وفضلاً عن ذلك فإن هذا التعريف يحدد بداية ونهاية المجلس حيث يستفاد منه ضمناً أن المجلس يبدأ بمجرد الانشغال بأمور التعاقد والذى يفترض وجود الإيجاب المستوفى لشرائطه والقبول المطابق له. وتنقضي المجلس إما بإبرام العقد أو الإعراض عن التعاقد من خلال زوال حالة الانشغال بالتعاقد.

([١]) فى نفس المعنى د/ **خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص٢٨٤؛ د/ **محمد السعيد رشدى**، المرجع السابق، ص٢٨؛ د/ **عبد الودود يحيى**، المرجع السابق، ص٤٩؛ د/ **سمير عبد السيد تناغو**، مصادر الالتزام، ١٩٩٩-٢٠٠٠، بدون ناشر، ص٤٨.

ثالثاً: تمييز مجلس العقد عن المرحلة السابقة عليه:

بعد أن فرغنا من تعريف مجلس العقد، نستطيع الآن أن نميزه على الفترات السابقة عليها كفترة الترويج والدعوة للتعاقد والمفاوضات. ولعل أهم تلك الفترات التى قد تتشابك مع مجلس العقد وتعد الأقرب إليه زمانياً هى فترة المفاوضات([1]). والواقع أن فترة المفاوضات ليست من ضرورات التعاقد بصورة مطلقة، إذ يتصور إبرام العقود دون المرور بها. على أن العقود التى ترد على محل ذا قيمة معتبرة أو ترد على شئ تقنى يحتاج لتفكير وبحث متأنى، ولذا فإن مرحلة المفاوضات تجد عندئذ مجالها تطبيقها الخصب. ويمكن تعريفها بأنها فترة تعديل مطالب

([1]) لمزيد من التفاصيل حول هذه المرحلة د/ **همام محمد محمود زهران**، الأصول العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٥٥ وما بعدها؛ د/ **محمد حسين منصور**، المسئولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٥٢ وما بعدها؛ د/ **خالد ممدوح إبراهيم**، ص٢٠٦ وما بعدها؛ د/ **محمد عبد الظاهر حسين**، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، ٢٠٠٢؛ د/ **جمال عبد الرحمن على**، المسئولية المدنية للمتفاوض، نحو تطبيق القواعد العامة على مسئولية المتفاوض عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤؛ د/ **جمال فاخر النكاس**، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد، أهمية التفرقة بين العقد والاتفاق فى المرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، ع١، س٢٠، مارس ١٩٩٦؛ د/**بلال عبد المطلب بدوى**، مبدأ حسن النية فى المفاوضات قبل التعاقدية فى عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠٠١؛ د/ **محمد حسين عبد العال**، التنظيم القانونى للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات فى عمليات التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.

أو شروط كل طرف كمقدار الثمن أو آليات الوفاء به... الخ وتتمخض هذه الفترة عن الشروط النهائية التى تتخذ شكل الإيجاب الذى ينعقد بـه العقد إذا صادفه قبول مطابق له([1]). وعلى ذلك فإن النهايـة الناجحـة للمفاوضات تكمن فى الوصول إلى الإيجاب اللازم لإبرام العقد. وهكذا نتبين أن مجلس العقد يبدأ حيـث تنتهـى زمنيـاً وموضـوعياً فتـرة المفاوضات، فهو بذلك يعقبها ولا يتعاصر معها.

بداية مجلس العقد: يعقب انتهاء فترة المفاوضات بدايـة مجلـس العقد. على أن الأمر يختلف وفقاً لطبيعة مجلس العقد؛ فإذا كنا بـصدد مجلس العقد الحقيقى فإن المجلس يبدأ فى رأى الـبعض مـن لحظـة صدور الإيجاب([2]). بينما يرى البعض الآخر أن المجلس لا يبدأ إلا منذ لحظة العلم بالإيجاب([3]). والواقع أن الرأى الأول هو الأولى بالإتبـاع. اذ أنه سواء كان التعاقد يتم فى مجلس العقد الحقيقى أو الحكمى الـذى يكون فيه الاتصال بين الطرفين مباشراً كما فى التعاقد عبر الهـاتف أو

([1]) **د/ عبد الودود يحيى**، المرجع السابق، ص٣١؛ المرحوم أ. د/ **مصطفى محمد الجمال**، المرجع السابق، ص٨٢ وما بعدها؛ **د/ محسن البيه**، النظرية العامـة للالتزام، مصادر الالتزام، جـ١، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديـدة، المنصورة، ص٨٩ وما بعدها.

([2]) أنظر على سبيل المثال، د/ **حسام الدين كامل الأهوانى**، المفاوضات فى الفترة قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص٣؛ د/ **محمد السعيد رشدى**، المرجع السابق، ص٢٨؛ د/**عبد الرزاق السنهورى**، مصادر الحق...، مرجع سابق، جـــ٢، ص٥٠.

([3]) **د/ صلاح الدين ذكى**، المرجع السابق، ص٢٤.

الإنترنت، فإن المعول عليه فى هذا الصدد هو لحظة صدور الإيجـاب. فالإيجاب فى الحالتين يصل فوراً لعلم الموجب لـه، إلا إذا كـان هـذا الأخير منشغلاً بأمور تصرفه عن التعاقد. ففي هذه الحالة الأخيـرة لا يكون هناك وجود لمجلس العقدبعد. بل قد لا يبدأ المجلس مطلقاً إذا ظل الموجب له منصرفاً عن التعاقد لا منشغلاً به. فـالمعروف أن مجلـس العقد لا يتحقق إلا بالتقاء وتطابق الإيجاب والقبول بشكل متعاصر يعقب انشغال كلاً من الطرفين بالتعاقد واتجاه إرادتيهما لإبرام العقد.

وفيما يخص حالة التعاقد بين الغائبين كما فى التعاقد الإلكترونـى فإن مجلس العقد يبدأ منذ لحظة وصول الإيجاب للموجب له. وعلى ذلك فلا عبرة عندئذ بلحظة صدور الإيجاب([1]). ويبرر ذلك بأن الربط بـين العلم اليقينى بالإيجاب ولحظة بدء المجلس يعد خلطاً واضحاً بين شروط تكوين مجلس العقد وشروط صحته([2]). فوصول الإيجاب للموجب لـه تقليدياً أو إلكترونياً لا يعنى بالضرورة فورية العلم بـه. فقـد يـصل الإيجاب للموجب له الذى لم يفتح بريده الإلكترونى إلا بعد عـدة أيـام فوجد إيجاباً تضمنته رسالة إلكترونية حررت بغير اللغة التـى يفهمهـا وهو ما يستغرق بعض الوقت لترجمتها وفهم مضمونها حتى يـستطيع اتخاذ القرار المحقق لمصلحته وفقا للحكمة التى من أجلها وجدت نظرية

([1]) د/ صلاح الدين ذكى، المرجع السابق، ص٢٤؛ قارن د/ جابر عبـد الهـادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص٢٣٣.

([2]) لمزيد من التفاصيل حول عناصر مجلس العقد وشروط صحته راجع د/جـابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص١٥٥ وما بعدها؛

مجلس العقد. وحسماً لما قد يثور من نزاع فإن الأجدر بنا الأخذ بالمنهج الذي يقرر بدء مجلس العقد منذ لحظة وصول الإيجاب وليس العلم به([1]) وهو ما يتبعه المشرع المصرى.

الفرع الثالث

عناصر مجلس العقد

بينا من خلال التعريف تعريفنا لمجلس العقد أنه يتكون من عنصرين: **أحدهما** مادى وهو العنصر المكانى أما **ثانيهما** فإنه ذا طابع معنوى وهو العنصر الزمانى الذى يعد العنصر الجوهرى لمجلس العقد. وسنوضح فيما يلى عنصرى المجلس ومدى توافرهما بشأن مجلس العقد الإلكترونى.

وتجدر الإشارة إلى أن الصيغة (الإيجاب والقبول) لا تعد من عناصر مجلس العقد أو أركانه؛ فالمجلس قد يبدأ رغم عدم توافر الصيغة. فالمعلوم أن المجلس يبدأ فور صدور الإيجاب البات المحدد ويستمر لحين صدور القبول. ولو كانت الصيغة عنصراً من عناصر مجلس العقد لاستحال أن يبدأ قبل صدور القبول المطابق. بمعنى أوضح فإن اعتبار الصيغة عنصرا فى المجلس يؤدى لانتفاء دور وقيمة

([1]) د/ عبد الناصر توفيق العطار، أحكام العقود...، مرجع سابق، ص١٥٧ وما بعدها.

عنصري المجلس وهو ما يخالف الواقع ويتنافى مع المنطق القانون السليم([1]).

أولاً – العنصر الأول: العنصر المادى :

مجلس العقد كما قلنا هو الإطار الزمانى والمكانى الذى يجمع المتعاقدين حقيقة أو حكما لحظة إبرام العقد. ويمثل العنصر المكانى أحد عنصرى مجلس العقد([2]). وتتجلى أهميته فى التعاقد بين حاضرين حيث يلتقيان فعلياً فى مكان واحد يجمعهما طول الفترة اللازمة لإبرام العقد. وقد يكون المكان الذى يبرم فيه العقد، والذى يشكل العنصر المادى للمجلس، مكاناً مفتوحاً أو مغلقاً كما يمكن أن يكون هذا المكان حيزاً ثابتاً كمكتب أحد المحامين أو منزل أحد الطرفين أو متحركاً كإبرام العقد أثناء حضور عشاء على متن باخرة نيلية متحركة([3]). وسنبين فيما يلى المقصود بالمكان الذى يعد عنصراً فى مجلس العقد وبيان مدى توافره فى إطار التعاقد الإلكترونى.

([1]) فى ذات المعنى **د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى**، المرجع السابق، ص١٣٩.

([2]) **د/ يزيد أنيس نصير**، الارتباط بين الإيجاب والقبول...، مرجع سابق، ص١١٤.

([3]) فى نفس المعنى **د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى**، المرجع السابق، ص١٤٤؛ **د/ أشرف عبد الرازق ويح**، المرجع السابق، ص ٣٣.

١- المقصود بالمكان كعنصر فى مجلس العقد:

يمكن تعريف المكان الذى يعد عنصراً فى مجلس العقد بأنه ذلـــك **الحيز الثابت أو المتحرك الذى يجمع المتعاقدين فعلياً أو افتراضياً أثناء انشغالهما بالتعاقد**(١). ويبدو من خلال هذا التعريف أن العنصر المادى لمجلس العقد هو حيز محدد يتلاقى فيه الطرفان جـسدياً أو افتراضـياً حال التعاقد. فهذا المكان قد يأخـذ مفهومـا واسـعا فيـشمل التعاقـد الالكتروني. وقد يأخذ مفهوما ضيقا كما فى حالة التعاقد بين حاضـرين من حيث الزمان والمكان. ولا شك أن هذا المفهوم الأخير لا يتلائم مع التعاقد الإلكترونى الذى يتم عن بعد كالتعاقد عبر الإنترنت بشكل مباشر حيث يرى كل طرف نظيره ويسمعه طوال فترة مجلس العقد.

وجدير بالذكر أن مكان مجلس والذى يجتمع فيه الطرفين يجـب أن يسمح لكل منهما أن يرى الآخر ويسمعه بوضوح. فبغيـر ذلـك لا يستطيع كل طرف أن يصدر قراره عن بينة وروية وبالتـالى تنتفـى حكمه مجلس العقد أصلاً. وبمعنى آخر فإن "مفهوم مجلس العقد يستلزم أن يتم تبادل الإيجاب والقبول بشكل شفوى ومباشر، الأمر الذى يعنـى أن كل طرف يسمع كلام الآخر ويدرك ما يتلفظ بـه، فمجلـس العقـد يستدعى فهم الموجب إليه للإيجاب الموجه له وإدراكه، وكـذلك فهـم الموجب للقبول وإدراكه، حيث أن لكل منهما الاستفسار من الآخر مـن أى أمر غامض فى الإيجاب أو القبول، ففى الإيجـاب والقبـول بـين

---

(١) فى نفس المعنى د/ سمير حامد الجمال، المرجع السابق، ص١٤٥ .

حاضرين يعد وقت اكتمال التعبير عن الإرادة وهو وقت فهمه وإدراكه وليس وقت سماعه"([1]).

٢- مدى توافر العنصر المادى فى مجلس العقد الإلكترونى:

يتوقف على وجود العنصر المكانى بالمفهوم الضيق وصف مجلس العقد بكونه حقيقياً أو حكمياً. ولما كان التعاقد الإلكترونى يتم عن بعد، من خلال الوسيط الإلكترونى الذى يساعد على التغلب على التباعد المكانى بين الطرفين، فإن التعاقد الإلكترونى يعد تعاقداً بين غائبين من حيث المكان إذ لا يلتقى الطرفان فعلياً فى حيز مكانى واحد. على أن بعض صور التعاقد الإلكترونى قد تتيح لكل طرف أن يرى الآخر ويحاوره ويسمعه بوضوح ويفهم كلامه بيسر. ولعل ذلك هو ما جعل البعض من الفقه([2]) يذهب إلى أنه اعترافاً بدور الوسيط الإلكترونى المستخدم فى التعاقد، فى إزالة الحواجز الجغرافية وجعل العالم قرية صغيرة، يتواصل من فى شرقها تمام التواصل مع من فى غربها، كما لو كان يتواجد معه فعلياً فى ذات الغرفة، ويتيح لكل منهما أن يحاور ويفاوض الآخر بشأن كافة تفاصيل التعاقد، وهو ما يفترض معه أنهما

([1]) د/ يزيد أنيس نصير، التطابق بين الإيجاب والقبول...، مرجع سابق، ص ص ١١٣، ١١٤؛ وفى ذات المعنى د/ وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى، ط٢، دار الثقافة، عمان ١٩٩٨، ص١٠٢؛ د/ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص ٥٢؛ د/ حسن محمد بودى، المرجع السابق، ص ١٧٧؛ د/ محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص ٩٩.

([2]) أنظر على سبيل المثال د/ سمير حامد الجمال، المرجع السابق، ص ص ١٤٥، ١٤٦.

قد انتقلا إلكترونياً ليلتقيا افتراضياً في ذات المكان المتمثل فى الفضاء الإلكترونى. وينتهى هذا الفقه إلى أنه فى حالة التعاقد الإلكترونى عبر الإنترنت يصبح من المتاح نقل الكتابة والصوت والصورة معاً بحيث ينعدم الفاصل الزمني بين إعلان إرادة الطرف الأول (الإيجاب) وعلم الطرف الثانى به والعكس. ويعد التعاقد الإلكترونى الذى يبرم بهذه الآلية تعاقداً بين حاضرين حضوراً مفترضاً من حيث المكان وفعلياً من حيث الزمان.

والواقع أن هذا التفسير على إطلاقه يمكن أن يؤدى بنا لنتائج عملية غير التى يرضاها هذا الفقه ذاته. فلاشك أنه فى حالة عدم اتفاق الطرفين على مكان إبرام العقد([1]) فسيتم إعمال الأحكام القانونية الخاصة بالتعاقد بين غائبين لحل هذه المشكلة. وسنعتد عندئذ بالمكان

([1]) جدير بالذكر أن المشرع المصرى يجيز للطرفين الاتفاق على تحديد مكان إبرام العقد والذى يتم بموجبه تحديد المحكمة المختصة وموطن تنفيذ بعض الالتزامات حيث تنص المادة ١/٩٧ من القانون المدنى المصرى على أنه " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"؛ قارن الفصل ٢٤ من قانون الالتزامات والعقود المغربي حيث ينص على أنه " يكون العقد الحاصل بالمراسلة تاما في الوقت والمكان اللذين يرد فيهما من تلقى الإيجاب بقبوله.

والعقد الحاصل بواسطة رسول أو وسيط يتم في الوقت والمكان اللذين يرد فيهما من تلقى الإيجاب للوسيط بأنه يقبله" . وعلى أية حال فان كلا النصين قد أكد على وجود العنصر المكاني والعنصر الزماني لمجلس العقد.

الذى علم فيه الموجب بالقبول، مع الأخذ فى الاعتبار أن وصول القبول يعتبر قرينه على العلم به([1]).

ثانياً – العنصر المعنوى (العنصر الزمانى):

يعد العنصر المعنوى جوهر مجلس العقد إذ هو الذى يعمل على تحقيق حكمته ويبرر سبب وجود نظرية مجلس العقد وهى كسب بعض الوقت للتفكير والتروى قبل إعلان الإرادة أو العدول عنها بعد إعلانها متى توافرت شروط الاعتداد بهذا العدول. ويمكن تعريف هذا العنصر المعنوى بأنه الفترة الزمنية التى يظل المتعاقدين منشغلان خلالها بأمور العقد المراد إبرامه([2]). وتتمثل هذه الفترة فى تلك المدة الواقعة بين صدور الإيجاب والعلم بالقبول.

([1]) راجع المادة ٢/٩٧ من القانون المدنى المصرى التى يجرى نصها على أنه "١- .. ...

٢- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول". في ذات المعنى المادة ١٤٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. وراجع أيضا المادة رقم ٧٨ من القانون المدني القطري حيث يجرى نصها على أنه"يعتبر التعاقد بالهاتف ، أو بأية طريقة مماثلة ، كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان ، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان ".أما المادة ١٠١ من القانون المدن الأردني فإنها تنص على أنه " إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

([2]) د/ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص٧٢.

ويتعين وجود هذا العنصر سواء كان المجلس حقيقياً أو حكمياً وسواء كان التعاقد تقليدياً أو إلكترونياً. فقد أصبح المقصود **باتحاد مجلس العقد هو تعاصر انشغال الطرفين بإبرام العقد** حتى ولو كان التعاقد يتم عن بعد من خلال الوسائط الإلكترونية أو غيرها من وسائل الاتصال المباشر. وعلى ذلك فإن اتحاد مجلس العقد هو، بصفة أساسية، **اتحاد الزمان الذى يكون الطرفين خلاله منشغلين بأمور التعاقد**. ويترتب على ذلك أن التعاقد بين الغائبين من خلال شبكة الإنترنت أو ما يماثلها من شبكات الاتصالات يعد تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان على الأقل. وإعمالاً للقاعدة الفقهية التى تفيد أن الكتاب كالخطاب فإن التعاقد الإلكترونى يعد تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان لكون الكتابة بين الغائبين من خلال الشبكة تماثل التعبير باللفظ فى التعاقد بين الحاضرين([1]).

وفيما يخص لحظة بدء مجلس العقد الإلكترونى التى تعد بداية تحقق العنصر المعنوى فإن الأمر يختلف وفقاً لآلية أو أسلوب التعاقد([2])؛ فإذا

([1]) أ/ **مصطفى الزرقاء**، الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد، المدخل الفقهى العام، جـ١، فقرة ١٥٧، ص٣٢٦؛ د/ **حسن محمد بودى**، المرجع السابق، ص٦٩؛ د/ **مراد محمد يوسف مطلق**، التعاقد بوسائل الاتصال الالكترونى، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، حقوق عين شمس٢٠٠٧، ص ١١٥ ؛ د/ **جابر عبد الهادى سالم الشافعى**، المرجع السابق، ص ٢٩٥ وما بعدها ؛ د/ **محمد نجيب عوضين**، المرجع السابق، ص ٢٨١.

([2]) د/ **أشرف عبد الرازق ويح**، المرجع السابق، ص٧٤.

كان التعاقد يتم مباشرة من خلال الويب WEB فإن النطاق الزمانى لمجلس العقد يبدأ من لحظة دخول الموجب إلى الموقع الإلكترونى الذى صدر منه الإيجاب ويستمر العنصر الزمنى طول فترة المناقشات والمفاوضات حتى يخرج القابل من الموقع، أو يخرج الموجب من الموقع أو يعدل عن إيجابه رغم بقائه على الموقع. وإذا كان التعاقد الإلكترونى يتم من خلال الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر البريد الإلكترونى أو بواسطة الكتابة المتبادلة بين الطرفين، فإن مجلس العقد الإلكترونى يبدأ فى الحالة الثانية منذ لحظة صدور الإيجاب ويستمر لحين خروج أحد الطرفين من موقع بريده الإلكترونى بينما يبدأ المجلس أو بالأحرى العنصر الزمنى للمجلس منذ لحظة صدور الإيجاب لأنه يصل للبريد الإلكترونى للموجب له فى ذات الوقت. وينتهى النطاق الزمني لحظة وصول القبول للموقع الإلكترونى للموجب حيث يعد وصول القبول قرينه على علم الموجب به خاصة فى التعاملات الإلكترونية وهو ما يعني ابرام العقد ومن ثم انقضاء المجلس بعد تحقق هدفه.

المطلب الثانى
صور مجلس العقد
وموقع العقد الإلكترونى منها

حين يكون التعاقد بين حاضرين، بحيث يلتقى الطرفان فعلياً، ويجمعهما حيز مكانى محدد، يتيح لكلاهما رؤية الآخر وسماعه وفهم كلامه بوضوح، فإن الإيجاب والقبول يصلان لمن يوجها إليه بشكل فورى. فلا تنقضى فترة زمنية بين صدور التعبير عن الإرادة والعلم بها من جانب من وجهت إليه، وعندئذ نكون بصدد ما اصطلح على تسمية "**مجلس العقد الحقيقى**". أما إذا كانت هناك فترة زمنية تمر بين صدور الإيجاب أو القبول ووصول أيهما لعلم من وجه إليه([1]) أو كان كل طرف تفصله عن الآخر مسافة لا تتيح له رؤيته والالتقاء به بدنياً بشكل فعلى فإننا نكون عندئذ بصدد ما يطلق عليه الفقه **التعاقد بين غائبين** (من حيث الزمان والمكان) أو" مجلس العقد الحكمى". وسوف نوضح ذلك كله بشيء من التفصيل من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول
مجلس العقد الحقيقى

ينصرف الذهن عادة حين يطلق مصطلح مجلس العقد إلى مجلس العقد الحقيقى الذى يعد الصورة التقليدية للتعاقد. فالأصل أنه عند إبرام العقد يجب أن يلتقى الموجب والموجب له، أو من ينوب عنهما أو عن

([1]) د/ مراد محمد يوسف مطلق، التعاقد بوسائل الاتصال الالكترونـــي، دراســـة مقارنة، مرجع سابق، ص ١١٤.

أحدهما، بشكل مباشر يسمح لهما بالتفاوض على شروط العقد والاتفاق على بنوده وتوقيع مستنداته العقدية. وسنحاول فيما يلى إلقاء الضوء بإيجاز على مفهوم مجلس العقد الحقيقى ومقوماته وبيان مدى إمكانية اعتبار مجلس العقد الإلكترونى من قبيل هذه الصورة.

أولاً: المقصود بمجلس العقد الحقيقى:

يمكن تعريف مجلس العقد الحقيقى بأنه ذلك " المجلس الذى يكون المتعاقدان حاضرين فيه حضوراً يقينياً معاً"([١]). ويعرفه البعض أيضاً بأنه "المكان الذى يجمع المتعاقدين بحيث يظلا على اتصال مباشر بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة حال كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل"([٢]).

ثانياً: شروط مجلس العقد الحقيقى:

لكى نكون بصدد مجلس العقد الحقيقى فإنه يلزم توافر عدة عناصر أو شروط، وتعد هذه العناصر فى ذات الوقت بمثابة ضمانات لتحقق الاتصال الفعال بين الإيجاب والقبول بما يؤدى لانعقاد العقد على النحو المقصود قانوناً. ولعل أهم هذه العناصر أو الشروط تتمثل فيما يلى:

([١]) د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص٢٣٩.

([٢]) راجع في ذلك د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص٢٣٩.

١ – الحضور الحقيقى للطرفين أو من ينوب عنهما فى المجلس:

حتى يبدأ مجلس العقد الحقيقى فإنه يتعين تواجد كلاً من الطرفين فعلياً (بدنياً) فى مكان انعقاد ذلك المجلس. ويستوى فى ذلك أن يحضر الطرفان لمقر المجلس معاً فى وقت واحد أو أن يحضر أحدهما قبل الآخر. إذ يتعين التمييز بين وقت حضور الطرفين و وقت بدء مجلس العقد فعلاً. ولكى يكون حضور الطرفين فعلياً فى مجلس العقد ذا جدوى فإنه يجب أن يكون النطاق المكانى لمجلس العقد الحقيقى يسمح لهما بتبادل الإيجاب والقبول بوضوح ويسر. وبمعنى آخر فإن المدى المكانى للمجلس يجب أن يتيح لكلاً منهما أن يرى الآخر ويسمعه بدون ثمة عوائق. وبيان ذلك أن هدف وجدوى اجتماع المتعاقدين فى مكان واحد هو أن يرى كل طرف نظيره ويسمعه ويفهم ما يصور عنه من تعبير عن الإرادة. فالسماع والعلم بإرادة الطرف الآخر " هما أساس الاتصال بين الإرادتين ويمكن من تحقق الموافقة بينهما"([1]). وعلى أية حال فإنه عند

([1]) د/ محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص١٠٠؛ د/ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص ٢٠٩ وما بعدها؛ د/ حسن محمد بودى، المرجع السابق، ص ١٨١.

وجدير بالذكر أن جانبا من الفقه الإسلامى لا يشترط للسماع المعتبر، أن يرى كل طرف الآخر. فالمعول عليه هو أن يكون صوت الآخر وكلامه واضح لا لبس فيه حتى ولو كان يتحدث خلف ستار، كما لو كانت امرأة لا تختلط بالرجال وتعبر عن إرادتها بشأن إبرام عقد ما. على أن بعض الأحناف يستلزمون أن يرى كل طرف نظيره، بحيث لا يكفى أن يسمع كلامه بوضوح، وبغير ذلك لا يتحقق اتحاد مجلس العقد الذى والذي يلزم لانعقاده.

الخلاف يستعين القاضى بالعرف السائد من أجل تحديد النطاق المكانى لمجلس العقد الحقيقى الذى يسمح باتحاده على النحو الذى حدده القانون.

٢- أن يتم العلم بالإيجاب لحظة صدوره:

يستفاد من مفهوم وطبيعة مجلس العقد الحقيقى أن صدور الإيجاب وعلم الموجب له به **يتحققان فى ذات المكان ونفس الزمان** بحكم وجود العاقدين معاً. على أن هذا لا يعنى لزوم فورية الرد على الإيجاب بمجرد صدوره، فلا يوجد ما يمنع من انقضاء فترة زمنية معقولة بين صدور الإيجاب و العلم به والرد عليه. ومثال ذلك أن يكون الإيجاب قد صدر بلغة غير التى يفهمها الموجب له فيحتاج الأمر عندئذ لبعض الوقت لترجمة الإيجاب إلى لغة الطرف الآخر ليصدر قراره بشأن التعاقد وهو على بينة من أمره(١).

وخلاصة القول أنه سواء صدر القبول فور صدور الإيجاب أو انصرمت بينهما فترة وجيزة أثناء قيام مجلس العقد فإنه يمكننا القول بأن الإيجاب قد صدر وتم العلم به فى وقت واحد هو " وقت انعقاد المجلس". ولعل هذا هو ما يحقق مقولة أن ساعات مجلس العقد تعد ساعة أو وحدة

---

(١) فى ذات المعنى د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص٢٣٩؛ قارن د/محسن البيه، النظرية العامة للالتزامات...، المرجع السابق، ص١١١.

زمنية واحدة. وعلى هذا فإن مرور بعض الوقت بين صدور الإيجاب أو القبول والعلم به لا يمنع انعقاد العقد طالما ظل المجلس منعقداً([1]).

والواقع أن إعمال الشرطين السابقين هو ما يساعدنا على تحديد مجال مجلس العقد الحقيقى بحيث يخرج عنه حالة وجود كل متعاقد فى مكان غير الذى يوجد به الآخر لحظة إبرام العقد وكذلك حال مرور مدة طويلة بين صدور الإيجاب أو القبول والعلم بهما من الطرف جانب المعني.

ويرى بعض الفقه أنه يخرج عن نطاق مجلس العقد الحقيقى أيضاً حالة ارتباط الإيجاب بميعاد معين للقبول على اعتبار أن ذلك هو ما يتفق مع نص المادة ١/٩٤ من القانون المدنى المصرى([2]) والمواد المناظرة فى التشريعات العربية. على أننا نتفق مع جانباً آخر من الفقه ينتهى إلى أن فكرة مجلس العقد متحققة فى القانون المصرى حتى فى حالة عدم فورية القبول. ودليل ذلك أن الرأى الأول لا يمارى فى أن نص المادة ١/٩٤ سالفة الذكر يمنح الموجب خيار العدول كما يعطى الموجب له خيار القبول([3]). والواقع أن الصعوبة تدق فى حالة كون المدة الملزمة

([1]) د/ محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص٩٩؛ د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص٢٤٠.

([2]) د/ محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص ص ١٦٦، ١٦٧؛ د/ عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص١٤٩؛ قارن د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص٢٥٠.

([3]) د/ عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص١٥١.

للإيجاب تمتد لما بعد انقضاء مجلس العقد. ومثال ذلك أن يجتمع الطرفان يوم ٢٠٠٩/١٠/١ ويصدر الإيجاب ويقترن بمدة يمكن أن يصدر خلالها القبول بحيث تنتهي المدة يوم ٢٠٠٩/١٠/٦ فعندئذ تكون العبرة بالمدة وليس بالمجلس الذى تقررت فيه. ونحن من جانبنا نعتقد أننا فى هذا الفرض نكون بصدد امتداد لفترة المفاوضات لأن الموجب له قد يعدل الشروط التى يتفاوض بشأنها والتي وردت بالإيجاب وهو ما يعد عندئذ بمثابة إيجاب جديد([1]). ويعنى ذلك أن مجلس العقد يتحقق يوم ٢٠٠٨/١٠/٦ وينعقد فيه العقد فى حالتين؛ إذا جاء القبول مطابقاً للإيجاب أو عدل فيه الموجب له فصار إيجاباً جديداً قبله الموجب فى ذات المجلس([2]).

([1]) د/ حسام الدين كامل الأهوانى، النظرية العامة للالتزام..، مرجع السابق، ص١١٧.

([2]) قارن د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص٢٥٠.

الفرع الثانى
مجلس العقد الحكمى
" التعاقد بين غائبين"

خلافاً لمجلس العقد الحقيقى فإنه بصدد مجلس العقد الحكمى قد يفصل صدور الإيجاب أو القبول عن العلم به فترة زمنية طويلة لا يمكن معها القول بالاتحاد الفعلى لمجلس العقد. كما أنه قد يفصل أحد المتعاقدين عن الآخر مئات الأميال وعندئذ تثور فكرة مجلس العقد الحكمى كمقابل لفكرة مجلس العقد الحقيقى وهو ما يحقق مرونة نظرية مجلس العقد و يضمن شمولها([1]). وتأتى أهمية هذه الصورة من صور مجلس العقد من حيث أنها تشتمل العقد الإلكترونى الذى هو محور دراستنا وكذلك غيره من صور التعاقد بوسائل الاتصال سواءً التقليدية منها أو الحديثة. فالمعروف أنه يتم اللجوء لهذه الوسائل فى التعاقد بغية التغلب على بعد المسافات التى تفصل كل طرف عن الآخر بحيث لا تمثل

([1]) الواقع أننا نفضل استخدام اصطلاح مجلس العقد الحكمى أو المفترض على اصطلاح التعاقد بين غائبين. فالأول أصدق دلالة وأكثر شمولاً كما أن مصطلح التعاقد بين غائبين يثير الخلط فى الذهن حيث سيتساءل البعض كيف يتم إبرام العقد. وقد يعتقد البعض أيضاً أنه يقصد بالغائبين المعنى المأخوذ به فى مجال موانع الأهلية كمن غاب وانقطعت أخباره أو من غاب فى ظروف يغلب عليها الهلاك. كما أن مجلس العقد الحكمي يعد المقابل لمجلس العقد الحقيقى. وبذلك تكتمل نظرية مجلس العقد ويمتد نطاقها ليتضمن كافة صور التعاقد بما فيها التعاقد الإلكترونى.

عائقاً فى سبيل إبرام العقد([1]). والواقع أن الأخذ بفكرة مجلس العقد الحكمى هو الذى يرفع الحرج عن المتعاقدين وييسر عليهم ويحقق مصالحهم. **فإغفال تلك الفكرة يعنى تضييق نطاق مجلس العقد وبالتالى تقليص نطاق نظرية العقد بصفة عامة**([2]). وحرى بالإشارة أن بعض الفقه يرى أن المشرع المصرى لم يعرف فكرة مجلس العقد الحكمى وإن كان قد نظم التعاقد بين غائبين([3]) وهو ما يطرح التساؤل حول مفهوم كلاً منهما. فهل يتم إعمال فكرة المجلس الحكمى إلا فى حالة التعاقد بين غائبين؟!!! وعلى أية حال فان الإجابة على هذا التساؤل سترد فى سياق الغصنين التاليين:

([1]) فى نفس المعنى **د/ محمد نجيب عوضين**، المرجع السابق، ص١٨٤؛ **د/أشرف عبد الرازق ويح**، المرجع السابق، ص ٥؛ **د/ حسن محمد بودى**، المرجع السابق، ص٦١؛ **د/ مراد محمد يوسف مطلق**، التعاقد بوسائل الاتصال الالكتروني، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١١٧؛ **د/ بشار طلال أحمد مومني**، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، حقوق المنصورة ٢٠٠٣، ص ٥٧؛ **د/ محمد سعيد أحمد إسماعيل**، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٥، ص ١٥١؛ **د/ زياد خليف شداخ العنزي**، تنازع القوانين في المعاملات الالكترونية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٨، ص ١٣١.

([2]) **د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعي**، المرجع السابق، ص٢٥٢؛ **د/ أشرف عبد الرازق ويح**، المرجع السابق، ص ٤٨.

([3]) يقصد بهذه الصورة من صور التعاقد أن يكون أحد الطرفين _ الموجب مثلاً – حاضراً فى مكان والموجب له غائباً عن هذا المكان أو يكون الموجب له حاضراً عند وصول الإيجاب والموجب غائباً عن هذا المجلس.

الغصن الأول: مفهوم مجلس العقد الحكمى وشروطه.

الغصن الثانى: الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكترونى.

الغصن الأول

مفهوم مجلس العقد الحكمى وشروطه

أولا: تعريف مجلس العقد:

يقصد بمجلس العقد الحكمى أو التعاقد بين غائبين بأنه "التعاقد بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد بغض النظر عن وسيلة التعاقد، الكتاب والرسول وغيرهما"(١).

ويعرف جانب آخر هذه الصورة من صور المجلس بأنه " ذلك المجلس الذى يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه " . وبعبارة أخرى فإن هذا المجلس هو التعاقد الذى يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد ويتم التعبير عن الإرادة بصدده بالكتابة أو الرسول أو الاتصال عبر شبكات الاتصال الحديثة. وسوف نعرض فيما يلى لشروط هذه الصورة من صور مجلس العقد ثم نطبقها على العقد الإلكترونى لبيان طبيعة مجلسه وتحديد ما إذا كان حقيقياً أو حكمياً. على أنه قبل أن نشرع فى ذلك يجدر بنا أن نشير إلى أن البعض يرى أن فقه القانون المدنى لم يعرف فكرة مجلس العقد الحكمى بالمعنى الذى فهمها به الفقه الإسلامى(٢).

---

(١) د/ محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص١٨٤.

(٢) أنظر على سبيل المثال د/ محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص٤٤٧.

ويضيف هذا البعض أن اهتمام فقه القانون المدنى ينحصر فى بيان وقت انعقاد العقد بين الغائبين عند صدور القبول. على أننا نعتقد أنه يجب التمييز بين إغفال القانون المدني لفكرة مجلس العقد الحكمي وبين عدم اهتمامه بها اهتماماً كافياً ولائقاً بأهميتها. ونعتقد أن نص المادة ١/٩٧ من القانون المدنى المصرى خير دليل على ذلك يؤكد يجرى نصها على أن التعاقد ما بين الغائبين يتم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك. ولا جدال فى أن هذا النص من العمومية والمرونة بما يجعله قابلاً للتطبيق فى مجال التعاقد الإلكترونى. وهكذا يتضح أن المشرع المصرى، وغيره من التشريعات العربية([1]) قد عرفوا نظرية مجلس العقد بصورتيه الحقيقى والحكمي (التعاقد بين غائبين) ولا يعنى عدم استعمال المشرع لهذا المصطلح جهله به حيث يستخدم مرادفاً له. والمعروف أن العبرة بالمقاصد والمعانى وليس بالألفاظ والمبانى. ويضاف لما سبق أن حكمة مجلس العقد وجوهره لا يتعارضان مع التعاقد بين غائبين.

([1]) أنظر على سبيل المثال المادة ٧٧ من القانون المدنى القطرى، والمادة ٦٧ من القانون المدنى الجزائرى، والمادة ٩٨ من القانون المدني السورى والتى تطابق المادة ١/٩٧ من القانون المدنى المصرى، والمادة ٤٩ من القانون المدنى الكويتى، قارن الفصل ٢٨ من مجلى الالتزامات والعقود التونسي والذي ينص على أن " يتم العقد بالمراسلة فى وقت ومكان إجابة الطرف الآخر بالقبول، والتعاقد بواسطة رسول أو غيره تم فى الوقت والجهة التى يحصل فيها الإيجاب بالقبول من الطرف الآخر للرسول".

ثانيا: شروط مجلس العقد الحكمي:

يتفق مجلس العقد الحقيقي مع نظيره الحكمي من حيث ضـــرورة توافر أركان العقد المعروفة و من ثـم أن يتـوافر الإيجـاب والقبـول وتطابقهما. على أن مجلس العقد الحكمي يختلف من حيث مكان وزمان صدور الإيجاب ومكان وزمان وصوله إلى علم الموجب له والعكـس. وسنبين تلك الخصوصية التي تميز هذه الصورة من صور مجلس العقد من خلال الشروط التالية:

١ – وجود الإيجاب أو القبول وتوافـر وسيـلة نقلهمـا لعلـم الطـرف الآخر:

ومفاد ذلك أنه لابد من صدور الإيجاب أو القبول وفقاً للقانون، بحيث ينوب وصول الإيجاب للموجب له عن حضور الموجب نفسه بمكان وصول الإيجاب. إذ يستعاض عن ذلك بوسائل الاتصال وأهمها الإنترنت في حالة التعاقد الإلكتروني. فوسيلة نقل الإيجاب لعلم الموجب له أو العكس هي التي تؤدي – كما قلنا سابقاً – للتغلب على التباعد المكاني بينهما وقت إبرام العقد. فبدون صدور الإيجاب أو القبول لا قيمة للوسيلة وبدون الأخيرة لا يتحقق التطابق بين الإرادتين وبالتالي لا يمكن انعقاد العقد[1]. ولا يخفى على الفطنة أن كل متعاقد حين يعبر عن إرادته

---

[1] د/ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص٧٣؛ د/ جابر عبد الهـادى سالم الشافعي، المرجع السابق، ص٢٥٢؛ د/ محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص ص ١٨٦، ١٨٧.

فانه يقصد وصولها لعلم الطرف الآخر و يكون منتظراً لرد الأخير بغية إتمام التعاقد([1]). ويستلزم ذلك أيضاً أن يكون وصول التعبير عن الإرادة والعلم به ممن وجه هذا التعبير إليه في وقت واحد.

٢- أن يظل المتعاقدان منشغلان بالتعاقد:

ويعني ذلك أن الموجب يجب أن يظل على إيجابه بحيث لا يصدر عنه ما يفيد عدوله أو إعراضه عنه. كما يجب أن يظل القابل كذلك مهتماً بأمر التعاقد بحيث لم يشغله عنه شاغل آخر. وعلى ذلك فإذا اتصل مصرى بعماني عن طريق الإنترنت وعرض عليه أن يبيعه منزلاً بالقاهرة فبدأ الأخير يسأل عن مساحة المنزل وثمنه ثم انحرف بالحديث إلى أحوال المصريين ومشكلة رغيف الخبز وانهيارات جبل المقطم فوق رؤوس سكان الدويقة ....الخ فإن العقد لا ينعقد لأن أحد الطرفين انشغل عن مواصلة الاهتمام بأمر التعاقد وبالتالى لم تتوافر شروط مجلس العقد الحكمى([2]). ويرتبط بما سبق أيضاً ضرورة أن يصدر القبول خلال المدة التى يبقى فيها الإيجاب ملزماً. فإذا كان الموجب قد حدد هذه المدة صراحة فلا مشكلة أما إذا لم يحدد الموجب تلك المدة التى يلتزم خلالها بالإيجاب فإن القاضى – بما يتمتع به من سلطة تقديرية – يتولى أمر

([1]) ويؤكد الفقه الإسلامي على هذا الشرط. لمزيد من التفاصيل د/ **أشرف عبد الرازق ويح**، المرجع السابق، ص٧٢ وما بعدها؛ د/ **محمد نجيب عوضين**، المرجع السابق، ص١٨٦ وما بعدها.

([2]) يجدر التمييز بين انصراف أحد المتعاقدين عن التعاقد بانشغاله بأمر آخر وبين انشغال الرسول عن أمور التعاقد بعد أن أبلغ الرسالة التى حملها الموجب إياها. فانصراف الرسول لا يؤثر على الإيجاب طالما نقله لعلم الموجب له. راجع فى ذلك **الشيخ على الخفيف**، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص١٧٨.

تحديدها فى ضوء ظروف التعاقد وطبيعة العقد وأهمية محله. وعلى ذلك فإذا أرسل الموجب رسالة – عبر البريد الإلكترونى EMAIL – للموجب له تتضمن إيجاب محدداً وباتاً وسارياً لمدة أسبوع فإن القبول المطابق يجب أن يصدر خلال هذه المدة. فإذا صدر ذلك القبول بعد ذلك فلا ينعقد العقد لأنه هذا القبول المتأخر لا يعدو عندئذ أن يكون مجرد إيجاب جديد يحتاج هو ذاته للقبول. وكذلك الشأن لو صدر القبول خلال المدة ولكنه لم يك مطابقاً للإيجاب([1]).

الغصن الثانى
الطبيعة القانونية
لمجلس العقد الإلكترونى

ألقى تنوع أساليب التعاقد عبر الإنترنت بظلاله علـى موقـف الفقه من طبيعة مجلس العقد الإلكترونى؛ فقد يتم التعاقد عبر الرسـائل الإلكترونية المرسلة عبر البريد الإلكترونى E. mail. وهذه قد لا يعلـم بمضمونها المرسل إليه لحظة صدورها. كما قد يتم التعاقد من خـلال الاتصال المباشر المسموع أو المقروء والمرئى وذلك من خلال تزويـد

([1]) د/ نبيل إبراهيم سعد، مصادر التزام، مرجـع سـابق، ص ١١٩؛ د/ محمـد حسين منصور، النظرية العامـة للالتـزام، المرجـع السابق، ص ١٠٤ د/إسماعيل عبد النبي شاهين، نظريـة الالتـزام، مرجـع سـابق، ص٨٢؛ د/رمزى رشاد الشيخ، د/ نبيلة رسلان، مرجع سابق، ص٧٥ ؛ د/ إبـراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام، (أ)، المصادر الإرادية للالتـزام، العقـد والإرادة المنفردة (التصرف القانوني)، ط٢، مؤسسة دار الكتـب، الكويـت ١٩٩٨، ص ١١٥؛ د/ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢، ص ص ١١٦-١١٧.

جهاز الحاسب الآلي لدى الطرفين بكاميرا تجعل كل طرف يرى الآخر ويسمعه فى ذات الوقت ومثال ذلك برنامج "Masenger " الذى يسمح لكل منهما – في حالة تثبيت كاميرا بالجهازين – أن يرى ويسمع الطرف الآخر فى ذات الوقت.

و يمكن أيضا لكل منهما عندئذ أن يرى على شاشة جهازه ما يكتبه الطرف الآخر فى الوقت نفسه([1]). فهل نكون عندئذ بصدد تعاقد بين حاضرين أم تعاقداً بين غائبين([2]). وهل الغياب هنا يكون من حيث المكان أم الزمان أم هما معاً؟

للإجابة على هذه التساؤلات يرى بعض الفقه([3]) أن التعاقد الإلكترونى بصفة عامة يعد تعاقداً بين حاضرين من حيث المكان

([1]) د/ **محمد حسين منصور**، المسئولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص٢٤؛ د/**سمير حامد الجمال**، المرجع السابق، ص ص١٢٦-١٢٧ ؛ د/ **محمد نجيب عوضين**، المرجع السابق، ص ص ٢٦١، ٢٦٢؛ د/ **أشرف عبد الرازق ويح**، المرجع السابق، ص٦٨ ؛ د/ **خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص ٢٦٨.

([2]) لمزيد من التفاصيل راجع المرحوم د/ **فتحي عبد الرحيم عبد الله**، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري و الانجليزي، ١٩٧٩، ص ١١١ وما بعدها؛ د/ **مراد محمود يوسف مطلق**، المرجع السابق، ص ١١٥ وما بعدها؛ د/ **سمير حامد الجمال**، المرجع السابق، ص١٤٤ وما بعدها؛ د/ **بشار طلال أحمد مومني**، المرجع السابق، ص ٨٠ وما بعدها.

([3]) د/ **محمد نجيب عوضين**، المرجع السابق، ص٢٦٤؛ د/ **سمير حامد الجمال**، المرجع السابق، ص١٤٦.

والزمان حين يتم من خلال شبكة الإنترنت بما يمكن الطرفين مـن أن يرى كلاً منهما الآخر ويسمعه فى آن واحد. وتبرير ذلـك أنـه " وإن تباعدت الأجساد فجميع لوازمها متوفرة فى الحـال فبمجـرد صـدور الصيغة يعلم كل طرف بعبارة الآخر، ولا مجال عندئذ لهـذا التكييـف المختلط([1]) المجافى للواقع العملى"([2]). وعلى ذلك فإن تلاشى الحـدود الجغرافية التقليدية على أثر استخدام وسائل الاتصال الحديثة كالإنترنت فى التعاقد، جعل الطرفين يلتقيان افتراضياً. و يمكن القول عندئذ بـأن أحدهما قد انتقل حكمياً لمكان الآخر فيصير التعاقد عندئذ " **تعاقداً بـين حاضرين حضوراً مفترضاً من حيث الزمان والمكـان**"([3]). وقـد بـالغ بعض الفقه فى انحيازه لهذا الـرأى بقولـه أن التعاقـد عبـر البريـد الإلكترونى يأخذ ذات الحكم الخاص بالتعاقد عبر الإنترنت عن طريـق التفاعل المباشر الذى يتيح لكل طرف رؤية نظيره وسـماعه فـى ذات

([1]) يقصد بذلك اعتبار التعاقد بين غائبين من حيث المكان وبين حاضـرين مـن حيث الزمان.

([2]) د/ محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص٢٦٤.

([3]) د/ سمير حامد الجمال، المرجع السابق، ص١٤٦.

فى نفس المعنى د/ حسام الدين كامل الأهوانى، المفاوضات فى الفتـرة قبـل التعاقدية، مرجع سابق، ص٥٤؛ د/رضا متولى وهـدان، المرجـع السـابق، ص١٤٤، حيث يرى سيادته أن " تبادل رسائل البيانات الخاصة بعملية الانعقاد بين طرفى العقد تتم فى نفس التوقيت ونفـس المكـان، والفـروق الزمنيـة والمكانية غير متواجدة من خلال العقد الذى يتم عبـر شـبكة الويـب علـى الإنترنت، فالانفصال الجغرافى غير متواجد، كما أن الفـروق الزمنيـة بـين الإيجاب والقبول، حتى وإن غاب الرد فى نفس الزمن، كما فى العقد بالبريـد الإلكترونى، إلا أنه يتحقق نوع من الالتقاء الافتراضى المتزامن عبر شـبكة الإنترنت الذى يبقى الموجب على إيجابه لحين الارتباط بالقبول، وبذلك فـإن المتعاقدين يضمهما مجلس واحد حكمى افتراضى، مثله مثل التعاقد الذى يلتقى فيه المتعاقدين مادياً".

الوقت. وبمعنى آخر فإن هذا الفقه يساوى بين الحالتين ويجعل من مجلس التعاقد فيهما حقيقياً لا حكمياً. فهو يعد تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان والمكان([١]).

وعلى عكس الرأى الأول فإن البعض يرى أن التعاقد الإلكترونى يعد **تعاقداً بين غائبين من حيث الزمان والمكان** سواء تم التعاقد عبر الإنترنت بواسطة الكتابة([٢]) أو الحوار الصوتى([٣]) أو بالصوت والصورة معاً فى حالة وجود كاميرا تتيح للطرفين ذلك. ففى كافة الفروض السابقة نكون بصدد التعاقد بين غائبين قياساً على التعاقد بالكتابة أو الرسول أو الهاتف أو ما شابه ذلك([٤]).

على أن جانباً آخر من الفقه([٥]) يميز بين حالات أو أساليب التعاقد الإلكترونى وذلك وفقاً للفروض التالية:

الفرض الأول: إذا كان التعاقد عبر الإنترنت يتيح لكل طرف أن يسمع ويرى الآخر فى ذات الوقت فانه يعتبره من قبيل مجلس العقد الحقيقى أى أنه تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان والمكان.

([١]) د/ رضا متولى وهدان: النظام القانونى للعقد الإلكترونى، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، حقوق المنصورة، ع٤٢، أكتوبر٢٠٠٧، ص١٤٤.

([٢]) ويتم ذلك من خلال برنامج يسمى " فرى تيل"

([٣]) ويمكن أن يتم ذلك بواسطة برنامج " فوكس وير".

([٤]) **د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى**، المرجع السابق، ص٢٩٧ وما بعدها.

([٥]) **د/ سمير حامد الجمال**، المرجع السابق، ص١٤٥.

الفرض الثانى: إذا كان التعاقد عبر الإنترنت يتيح نقل الصوت فقط بين الموجب والموجب له، وهذا الفرض يعد تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان بينما يعد من قبيل التعاقد بين غائبين من حيث المكان وذلك قياساً على التعاقد بواسطة التليفون.

الفرض الثالث: التعاقد عبر البريد الإلكترونى([1]) بحيث يتم تبادل الرسائل بصور فورية بحيث لا تنقضى ثمة فترة زمنية بين إرسال الرسالة الإلكترونية ووصولها وعلم الموجب له بها أو مرور فترة وجيزة لا تذكر بينهما فإننا نكون بصدد تعاقداً بين حاضرين من حيث

([1]) جدير بالذكر أن التعاقد عبر البريد الإلكترونى Email يتطلب أن يكون لدى كل طرف جهاز حاسب آلى متصل بشبكة الإنترنت وأن يكون لكل منهما موقع إلكترونى يتلقى ويرسل الرسائل الإلكترونية من خلاله. ويتم كتابة الرسالة التى تشتمل على الإيجاب أو القبول وإتباع خطوات معينة لإرسال الرسالة أو فتح البريد الاليكتروني E. mail وفى حالة تمام الإرسال ووصول الإيجاب للموجب له يخبر الجهاز بأن الرسالة قد تم إرسالها بنجاح وإذا كان هناك عائق حال دون وصولها فإن الجهاز يبين ذلك من خلال رسالة تظهر على الشاشة توضح إخفاق الإرسال ليعيد المحاولة من جديد. وعادة يفتح المهتم بأمر التعاقد جهاز الحاسب الخاص به ويفتح بريده الإلكترونى يوميا فيتعرف على عدد الرسائل التى وصلت إليه والمواقع التى أرسلت منها ويمكن عندئذ فتح كل رسالة إلكترونية على حدة للتعرف على مضمونها بالتفصيل للرد عليها أو الإحاطة علما بمضمونها.

الزمان، بينما يكون تعاقدا بين غائبين من حيث المكان.

على أنه إذا كان التعاقد عبر البريد الإلكترونى يتم بحيث تنقضى فترة معتبرة من الزمن بين الإيجاب والقبول بحيث لا يتم الرد من جانب الموجب له بشكل فورى على الرسالة الإلكترونية المتضمنة للإيجاب، فإننا نكون بصدد **التعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان**(1).

ونحن من جانبنا نؤيد رأي الفقه الذي يذهب إلى أن التعاقد الإلكترونى يتم من خلال مجلس العقد الحكمى حيث يعد من قبيل التعاقد بين الغائبين من حيث المكان والحاضرين من حيث الزمان. ومن حيث كونه تعاقداً بين حاضرين فذلك مرجعه لانعدام الفاصل الزمنى بين صدور الإيجاب أو القبول والعلم به من جانب من يوجه إليه(2). أما من حيث المكان فإننا نكون بصدد تعاقداً بين غائبين حيث لا يلتقى

---

(1) **د/ سمير حامد الجمال**، المرجع السابق، ص١٤٥.

(2) **د/ ممدوح محمد خيرى هاشم المسلمى**، مشكلات البيع الإلكترونى عن طريق الإنترنت فى القانون المدنى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص١٩؛ **د/أشرف عبد الرازق ويح**، المرجع السابق، ص٦٨ وما بعدها؛ **د/ محمد سعد خليفه**، البيع عبر الإنترنت وحماية المستهلك في ضوء قانون المعاملات الالكترونية البحريني، مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة البحرين، المجلد الخامس، العدد الأول، ص ص٤٤-٤٥.

المتعاقدان فعلياً تحت سقف واحد يجمعهما أثناء فترة الانشغال بالتعاقد([1]).

والواقع أن حكمة تأييدنا لهذا الاتجاه ترجع إلى أن الأخذ بالرأى الذى يذهب إلى أن التعاقد الإلكترونى هو دائماً تعاقداً بين غائبين بصفة عامة من حيث الزمان والمكان يغفل الميزة التى تقدمها شبكة الإنترنت التى تتيح الاتصال التفاعل المباشر من شأنه أن يجعل التعاقد الإلكترونى من حيث الزمان أقل فاعلية وسرعة من التعاقد بواسطة الهاتف وهو ما لا يمكن قبوله ولا يتفق مع واقع الحال. ومن ناحية أخرى فإنه لا يمكن التسليم بأن التعاقد الإلكترونى يعد تعاقداً بين حاضرين من حيث المكان فذلك محض افتراض لا مجال للجوء إليه إلا عند الضرورة وهى غير موجودة فعلاً.

([1]) جدير بالذكر أن معظم التشريعات العربية تأخذ بهذا الاتجاه منها المادة ١٠٢ من القانون المدنى الأردنى والمادة ٧٨ من القانون المدنى القطرى والتى تنص على أنه " يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة (كالإنترنت)، كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان"؛ فى نفس المعنى المادة ٥٠ وتكملها المادة ٤٩ من لقانون المدنى الكويتى؛ قارن د/محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص ص ٥٠٨، ٥٠٩. حيث يرى سيادته أنه ليس منطقياً أن نعتبر التعاقد عبر شبكة الإنترنت من قبيل التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان ويبرر ذلك بأن شبكة الإنترنت لا تقدم اتصالاً مكتوباً فقط.

والواقع أن هذا الرأى وإن كان يقوم على الافتراض الذى يستند للمنطق من بعض الوجوه فإنه يغفل أمراً جوهرياً وهو كون المتعاقدان فعلياً فى مكانين منفصلين ومتباعدين لحظة إبرام العقد وبالتالى إذا نشب نزاع بشأن هذا العقد فسيكون علينا أن نحدد المحكمة المختصة بنظر النزاع.

كما أن مكان الإبرام قد يقود لتطبيق قانون دولة إبرام العقد فى حالة تنازع القوانين بشأن هذا النزاع فهل يقدم لنا هذا الرأى حلاً لتلك الصعوبات العلمية؟

ولا شك أنه فى غير حالة اتفاق الأطراف على اللجوء للتحكيم لحسم النزاعات المرتبطة بالعقد وتحديد مكان التحكيم ولغته وهيئته والقانون الواجب التطبيق بشأنه، فإننا لا نجد مفراً من تحديد مكان انعقاد العقد بأنه هو ذلك المكان الذى علم فيه الموجب بالقبول وفقاً للقانون المصرى على التفصيل الذى سنوضحه فى الفصل التالى.

ولعل هذا هو يجعلنا ننادى بتوحيد قواعد العقد الإلكترونى بما يقلل من مشكلة تحديد مكان انعقاد العقد وانعكاساتها على تحديد المحكمة المختصة والقانون واجب التطبيق حيث سنكون بصدد قواعد موحدة لا

تختلف باختلاف دولة المحكمة المختصة. وقد نادى بعض الفقه الفرنسى بذلك ولكنه يحدد نطاق توحيد القواعد بدول الاتحاد الأوربى فقط(١).

(١) **J. Toubon**, Le droit européen des contrats: D. 2008, chron., p. 1877; **O. Lando**, L'avnir du droit des contrats: D. 2008, chron., p. 904.

الفصل الثانى

آثار مجلس العقد

"خيارات الطرفين"

الأثر الطبيعي الذي يترتب على نجاح ما تم أثناء مجلس العقد من تفاوض يعقبه تطابق لارادتى الطرفين هو **انعقاد العقد**، وهو ما يعني الانتقال للمرحلة التالية وهى مرحلة تنفيذه. على أن توقيت ومكان الانعقاد يختلفان بحسب طبيعة مجلس العقد، وما إذا كان حقيقياً أو حكمياً.

ومن آثار مجلس العقد أيضاً وبحسب الحكمة التى من أجلها وجدت نظرية مجلس العقد، تمتع كل طرف بما يمنحه المشرعمن خيار طوال مدة مجلس العقد. فقد يكون الموجب قد تسرع فى إعلان الإيجاب أو أغفل بعض تفاصيله ويحتاج لمكنة أو فرصة للتراجع أو التعديل فى مضمون الإيجاب. وقد منحه المشرع ذلك من خلال خيار العدول عن الإيجاب الذي يختلف عن خيار الرجوع الذي يتمتع به المستهلك خلال مدة محددة.

وقد يكون القابل أيضاً قد عبر عن إرادته بالموافقة على الإيجاب ولكنه عدل عن رأيه قبل انفضاض المجلس الحقيقى أو قبل وصول القبول للموجب فى التعاقد بين غائبين. لذلك فإن نظرية مجلس العقد تتيح له هذه الإمكانية من خلال خيار القبول.

وقد أقر الفقه والتشريع تمتع كل طرف في العقد بالخيار المقرر لصالحه استجابة لعلة وجود مجلس العقد ذاته، وتوفيراً للحماية الفعالة لإرادة المتعاقدين. على أن الفقه الإسلامي يمنح المتعاقدين خيارا آخر أبعد بكثير من سابقيه؛ فالمعلوم أن كلا من خيار العدول وخيار القبول تتم ممارسته حال انعقاد مجلس العقد أو استمرار نطاقه الزمني في حالة المجلس الحكمي وذلك قبل انعقاد العقد . فإذا تطابق الإيجاب والقبول ولم يمارس أحد الطرفان خياره فإن العقد يتم وبالتالي ينفض المجلس وحتى ولو بقى المتعاقدان في ذات المكان الذي يجمعهما فعلا أو استمر في التواصل عبر الإنترنت.

ويجيز بعض الفقه الإسلامي لكل من المتعاقدين، حتى بعد تمام التعاقد بتطابق الإيجاب والقبول، أن يرجع عن العقد طالما كان المجلس لازال قائماً أم لم يتفرق الطرفان بالأبدان بإرادتيهما. ويقصد بخيار المجلس " ذلك الحق الشرعي الذي يثبت بمقتضاه لكل واحد من المتعاقدين الحرية في فسخ العقد أو إمضائه ما داما في مجلس العقد ما لم يتفرقا أو يتخايرا"(١).

ودون الدخول في تفاصيل هذا الأمر فإنه يلزم أن نشير في عجالة إلى أن الفقه الإسلامي قد انقسم بشأن خيار المجلس بين مؤيد

---

(١) د/ وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، فقرة ١٤٦، ص١٣٥.

ومعارض([1]) حيث يذهب **جمهور الفقهاء** إلى جواز تمتع الموجب والقابل بخيار المجلس الذى يتيح لأيهما العدول عن التعاقد رغم التقاء الإيجاب والقبول وذلك طالما كان المجلس لم ينقضى بعد بتفرقهما أو بانشغال أحدهما عن التعاقد. على أن **المالكية** يذهبون لغير ذلك إذ لا خيار للعاقدين بعد صدور القبول إذ وفقاً لمذهبهم ينفض العقد بصدور القبول، وبالتالى **يتعذر ممارسة خيار المجلس عملياً.**

وقد انتهجت **التشريعات العربية** هذا النهج، وإن كانت قد سنت الأحكام القانونية التى تكفل حماية إرادة الطرفين ومصالحهما وذلك من: خلال نظرية **عيوب الإرادة وفكرة الإقالة أو التقايل والالتزام بالضمان.** والواقع أن هذا النهج **هو الأولى بالإتباع فى عصرنا الحالى** الذى خربت فيه الذمم وصار الرجل يبيع ضميره ويعدل عن رأيه وينقض عهده ولا

([1]) لمزيد من التفاصيل راجع د/ **أشرف عبد الرازق ويح**، المرجع السابق، ص١٤٨ وما بعدها؛ د/ **محمد نجيب عوضين**، المرجع السابق، ص ١٤٦ وما بعدها؛ د/ **جابر عبد الهادى سالم الشافعى**، المرجع السابق، ص٤٧٦ وما بعدها؛ د/ **عبد العزيز محمد عزام**، الخيارات فى الفقه الإسلامى، دراسة مقارنة فى المذاهب الثمانية، ط١، دار الهدى للطباعة، ١٩٨٣، ص١٧١ وما بعدها؛ د/ **عبد الستار أبو غده**، الخيارات وأثرها فى التصرفات، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، ١٩٧٥؛ **الشيخ أحمد إبراهيم بك**، العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، س٤، ع٦، نوفمبر ١٩٣٤؛ د/ **عبد الله العلفى**، أحكام الخيار فى القانون المدنى اليمنى، دراسة مقارنة بالقانون المدنى المصرى، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٨٨؛ د/ **إبراهيم الدسوقى أبو الليل**، العقد غير اللازم...، مرجع سابق، ص١٠ وما بعدها.

يوفى بعقده من أجل دراهم معدودة أو منفعة تافهة أو لاسترضاء ظالم سواء طمعا في عطاء أو تحاشيا لعقاب أول جزاء.

وخلاصة ما سبق أن منح العاقدين هذا الخيار يمثل خطورة على استقرار المعاملات المالية وخاصة الإلكترونية منها. وفضلاً عن ذلك فإن ممارسة هذا الخيار عبر الإنترنت أو الوسائل المماثلة سيؤدى لنشوء مشكلات عملية يحسن تلافيها خاصة وأن هناك وسائل أخرى لحماية الطرفين بغير هذا الخيار. وإعمالاً لقاعدة أنه يحدث للناس من الأقضية بقدر ما يحدثوا من الفجور فإنه يجب تأييد موقف القانون المدنى المصرى وغيره من التشريعات التى سايرته. وعلى ذلك فإنه وفقاً لهذه التشريعات لا يحق لأحد الطرفين بإرادته المنفردة أن يعدل عن التعاقد بعد تطابق الإيجاب والقبول وتمام العقد([1]). وتؤكد المادة ٨٩ من القانون المدنى المصرى عل ذلك حيث تنص على أنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد"([2]). وفى ذات السياق جاء نص المادة ٤٧ من القانون المدنى الكويتى ليقرر أنه "إذا ارتبط الإيجاب بالقبول، لزم العقد طرفيه، ولا يكون لأى منهما عنه

([1]) **د/ عبد الفتاح عبد الباقي**، المرجع السابق، ص١٦٥؛ **د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل**، العقد غير اللازم...، مرجع سابق، ص١٠٢؛ **د/ أشرف عبد الرازق ويح**، المرجع السابق، ص١٧٠.

([2]) يقابل هذه المادة نظيرتها رقم ٩٢ من **القانون المدنى السورى**؛ والمادة ٥٩ من **القانون المدنى الجزائرى** التى تنص على أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

نكوص حتى قبل أن يتفرقا بالبدن، وذلك ما لم يتفق لى غيره، أو يقضى القانون أو العرف بخلافه"([1]).

وسوف نعرض من خلال هذا الفصل لآثار مجلس العقد التى تتمثل فى **إنعقاد العقد** وذلك من خلال **المبحث الأول** الذي سنبين من خلاله زمان ومكان انعقاد العقد الإلكترونى عبر الانترنت. أما **المبحث الثانى** فسنخصصه لبيان التنظيم القانونى للخيارات التى يمنحها المشرع للمتعاقدين حال قيام مجلس العقد.

وبهذا فإن الفصل الماثل سينقسم إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: زمان ومكان انعقاد العقد الإلكترونى.

المبحث الثانى: خيارات مجلس العقد.

([1]) يقابل هذه المادة نظيرتها رقم ٧٦ من **القانون المدنى القطرى** التى تنص على أنه "إذا ارتبط الإيجاب بالقبول انعقد العقد، ما لم يتفق على غير ذلك، أو يقضى القانون أو العرف بخلافه".

المبحث الأول

زمان ومكان انعقاد العقد الإلكترونى

وفقاً للقانون المدنى المصرى فإن العقد ينعقد متى توافر شرطين: أولهما **أن يصدر القبول ممن وجه الإيجاب إليه.** ولا يثير هذا الأمر صعوبة إذا كان الإيجاب قد تم توجيهه لشخص محدد حيث ينعقد العقد حال صدور القبول المطابق من الموجب له أو من يمثله وفقاً للقانون([1]).

وتدق الصعوبة حال **توجيه الإيجاب لعدة أشخاص** ثم يصدر القبول **عن بعضهم** فقط فهل ينعقد العقد أم لا وهل يمكن أن ينعقد بالنسبة لمن أعلن قبوله بشكل صحيح.

يذهب بعض الفقه فى هذه الحالة الى أن العقد لا يتم سواء بشأن من قبله منهم أو من لم يقبله([2])، وذلك ما لم يكون الإيجاب ذاته يسمح بذلك. أما **الشرط الثانى** الذى يلزم لتمام العقد فهو **تطابق القبول مع الإيجاب وبقاء هذا الأخير قائماً حتى صدور الأول.** ويعنى ذلك أن القبول الذى لا يطابق الإيجاب والذي يعد رفضا الإيجاب أو تعديلا له لا يصلح لإتمام العقد حيث يعد إيجَاباً جديداً يحتاج للقبول المطابق ليتم العقد. كما لا

([1]) د/ يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجاب والقبول..، مرجع سابق، ص٨٠.

([2]) أنظر على سبيل المثال

G. Marty et **P. Raljnaud**, op. cit., p. 112; **Aubry** et **Rau**, op. cit., n. 343.

ينعقد العقد أيضاً إذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب أو اذا كان الموجب قد عدل عن إيجابه قبل القبول[1].

وإذا توافرت شروط تمام التعاقد فإن السؤال الذى يطرح نفسه على بساط البحث هو **متى وأين ينعقد العقد الإلكترونى** الذى ينتمى لطائفة العقود التى تبرم عن بعد، و الذي يعد من حيث مجلس العقد، تعاقداً بين غائبين من حيث المكان وحاضرين من حيث الزمان.

ولبيان ذلك فإن هذا المبحث سيتوزع على المطلبين التاليين:

المطلب الأول: وقت انعقاد العقد الإلكترونى.

المطلب الثانى: مكان انعقاد العقد الإلكترونى.

المطلب الأول

وقت انعقاد العقد الإلكترونى

ذكرنا سلفا أن العقد الإلكترونى هو أحد أنماط العقود التى تبرم عن بعد. وبينا أيضا أن الراجح فقها أن التعاقد الالكتروني يعد بمثابة تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان. وألمحنا أيضا إلى أنه في حالة التعاقد عبر البريد الإلكترونى بحيث يثبت عدم علم الموجب له بالإيجاب فورا أو العكس، فإننا نكون بشأن تعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان.

---

[1] وقد أكد القضاء الفرنسى على ذلك منذ زمن بعيد أنظر على سبيل المثال
C A Oréans, 26 juin 1885: D. 1885, II, p. 135.

والقاعدة أن تحديد زمان التقاء العقد يرتبط ارتباط لزوم بتحديد مكان انعقاده، والواقع أن تحديد الوقت الذى ينعقد فيه العقد الإلكترونى يعد أمرا جوهريا حيث لا يجوز للموجب أو القابل الرجوع بعد هذا الارتباط إلا من خلال الآليات القانونية كالتقايل والبطلان..الخ(١)

ولا يثير التعاقد بين حاضرين هذه الصعوبات لأن الرأي مستقر على أن وقت انعقاد العقد الذى يتم بين حاضرين فى مجلس عقد حقيقى هو لحظة وصول القبول لعلم الموجب. وهو الأمر الذي يتم فى ذات لحظة التعبير عنه لكونهما يقعان فى ذات المكان وأن كلا من العاقدين يرى الآخر ويسمعه بوضوح ويفهم ما يصدر عنه من تعبير عن الإرادة.

ولما كان المشرع فى بعض الدول لم يحسم هذه المسألة فقد وجدت عدة نظريات قال بها الفقه. وحتى التشريعات التي نظمت الموضوع لم تتفق على مذهب واحد؛ فعلى حين اهتمت بعض النظريات بمصالح الموجب فقد عنيت نظريات أخرى بمصالح الموجب له. وفى المنطقة الوسطى بين هذا وذاك ظهرت نظريات مختلطة تحاول التوفيق والجمع بين أكثر من نظرية وهو ما أخذت به أيضاً بعض التشريعات على النحو الذي سنوضحه حالاً.

---

(١) د/ يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجاب والقبول..، المرجع السابق، ص٨٦.

الفرع الأول

النظريات التى تنحاز للموجب له

لا غرو أن مصلحة الموجب له تقتضى القول بتمام العقد فور إعلان القبول أو تصديره. فذلك هو ما يضمن استقرار التعاقد وحرمان الموجب من العدول عن إيجابه منذ هذه اللحظة. وعلى ذلك فقد عولت بعض النظريات الفقهية على التصرف الذى يصدر عن الموجب له (القابل) سواء كان مجرد إعلان القبول أو مجرد تصديره من خلال شبكة الإنترنت أو شبكة معلومات أو اتصالات أو عبر البريد الإلكترونى.

أولاً: نظرية إعلان القبول:

وسوف نعرض لأحكام هذه النظرية من خلال النقاط التالية:

١- مضمون النظرية:

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن الارتباط بين الإيجاب والقبول، ومن ثم تمام العقد يكون فى **اللحظة التى يعلن فيها الموجب له قبوله** المطابق للإيجاب. ولما كان كلاً من طرفى العقد يكون فى مكان مختلف عن الآخر، فإنه يبين لنا كيف أن هذه النظرية تسعى لتحقيق مصلحة

القابل حيث يمتنع على الموجب بعد هذه اللحظة العدول عن الإيجـاب لتمام التعاقد([1]).

٢- أساس النظرية:

يستند أنصار هذه النظرية الى أن العقد كما هو معرف قانوناً هو تطابق أو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، وهذا التطابق أو التوافق يتم فعلياً لحظة إعلان القبول([2]). كما يضيف أنصار هذه النظرية أنها تتوافق مع مقتضيات التجارة التى تقوم على فكرتى السرعة والائتمان. ومن ثم فإن التاجر القابل يستطيع أن يعتبر العقد

([1]) د/ يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجاب والقبول...، المرجع السابق، ص٨٧؛ د/ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص١٩٢؛ د/ سمير حامد الجمال، المرجع السابق، ص١٣٦؛ د/ هادي مسلم يوسف البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى ٢٠٠٨، ص ٢٤٣، د/ شحاته غريب شلقامي، التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٨، ص ص ١٢٠-١٢١؛ د/ ايمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٨، ص ١٣٩؛ د/ أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الالكترونية، دراسة في القوانين النموذجية والاتفاقيات الدولية والقوانين المحلية، القاهرة ٢٠٠٨، ص ص ٩٧-٩٨.

([2]) د/ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص١٩٢؛ فى نفس المعنى د/محمد السعيد رشدى، المرجع السابق، ص٣٤؛ د/ سمير حامد الجمال، المرجع السابق، ص١٣٦؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص٢٩٦.

منعقداً لحظة إعلان قبوله المطابق للإيجاب، ويكون له اذا أن يتعامل على محل التعاقد بمجرد إعلان القبول.

٣- آليات إعمال النظرية فى إطار العقد الإلكترونى:

يتمثل وقت إعلان القبول الإلكترونى فى اللحظة التى ينتهى فيها الموجب له من إنشاء الرسالة الإلكترونية أو تحريرها والتى تتحقق بالضغط على أيقونة القبول التى تظهر على الشاشة حيث تظهر كلمة موافق. على أن القابل هنا قد لا يضغط على المفتاح الخاص بالإرسال بل يضغط على مفتاح التوقف الكائن أعلى صفحة البريد الإلكترونى للقابل([1]).

٤- تقييم النظرية:

رغم وجاهة المنطق الذى ينطلق منه فكر هذه النظرية إلا أنه يؤخذ عليها ما يلى:

أ- **تعارض هذه النظرية** مع ما ذهبت إليه العديد من التشريعات العربية من حيث أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره من وقت

([1]) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط فى قانون المعاملات الإلكترونية..، مرجع سابق، ص٢٣٥؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص ٢٩٦، ٢٩٧؛ د/ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٤، ص٥٦؛ د/سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص٢١٣.

صدوره وإنما من وقت العلم بـــه([1]). ولما كان القبول إرادة فإنه لا ينتج أثره وهو انعقاد العقد إلا منذ لحظة علم الموجب به([2]).

ب- أن من شأن الأخذ بهذه النظرية نشوء صعوبات تتعلق بإثبات الموجب لإعلان القبول ومضمونه. وهو ما يجعله تحت رحمة الموجب له . فالقبول عندئذ لا يكون له وجود في إطار التعاقد الإلكتروني إلا على جهاز الحاسب الآلي الخاص بالموجب له. ومن ثم يتعذر عملاً تمكن الموجب من إثبات إعلان القبول وعدم إرساله حيث لا توجد الرسالة الإلكترونية التي تتضمنه في حوزته. و لا شك أن هذا من شأنه عدم استقرار المعاملات عموماً([3]) والمعاملات الإلكترونية بصفة خاصة.

([1]) راجع في ذلك المادة ٩٧ من القانون المدني المصري.

([2]) د/ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص١٩٢؛ د/ محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص ١٩٢؛ د/ هادي مسلم يوسف البشكاني، المرجع السابق، ص ٢٤٤؛ د/ سمير حامد الجمال، المرجع السابق، ص ١٣٧؛ د/ أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الالكترونية، مرجع سابق، ص ٩٨.

([3]) د/ عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ص١٢٧-١٢٨؛ د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص ص ٢٣٥ - ٢٣٦؛ د/ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص١٩٢؛ د/ سمير حامد الجمال، المرجع السابق، ص١٣٧؛ د/ أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص٥٩؛ د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص ص ٤٣ - ٤٤؛ د/ عبد الودود يحيى، المرجع السابق،

جـ- يضاف لما سبق أن هذه النظرية تغفل وجود العقود الشكلية التى لا يكفى لتمامها مجرد تطابق الإرادتين بل يلزم فضلاً عن ذلك استيفاء شكل قانونى معين كالكتابة.

٥- موقف التشريعات من هذه النظرية:

تأخذ بعض التشريعات العربية بهذه[1] النظرية ومن ذلك القانون المدنى الأردنى الذى اعتنق نهج المذهب الحنفى ولذلك يجرى نص المادة ١٠١ من هذا القانون على أنه " إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعد التعاقد قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك".

ويستفاد من هذا النص أن العقد يتم فى المكان الذى يوجد به القابل والزمان الذى أعلن فيه القابل عن إرادته بالقبول. ووفقاً لهذا

ص٥٠؛ د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢٨؛ د/محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ص ١١٣-١١٤؛ د/ يزيد أنيس نصير، الارتباط بين القبول والإيجاب، مرجع سابق، ص٨٧.

(1) جدير بالذكر أن المذهب الحنفى يأخذ بنظرية إعلان القبول حيث يكفى لإتمام التعاقد تعبير الموجب له عن إرادته بالقبول بصرف النظر عن علم الموجب بالقبول من عدمه. لمزيد من التفاصيل راجع د/ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص ١٩٤ وما بعدها؛ د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص ٤٤٩ وما بعدها؛ د/ محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص٢٢٧ وما بعدها؛ عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص٢٩٩.

النص أيضاً فانه يجوز للطرفين أو للمشرع الأخذ بمذهب آخر وهو ما يعني إمكانية اختلاف مكان وزمان العقد من حالة لأخرى وفقاً لما إذا كان الأطراف سيلتزمون بهذا النص أو يتفقون على خلافه، أو بحسب ما إذا كان المشرع سيتبع ذلك كقاعدة عامة أم سيخص بعض العقود بحكم خاص فيما يتعلق بمكان وزمان إبرام العقد.

ويرى بعض الفقه الأردني([1]) – وبحق – أن المشرع الأردني قد جانبه الصواب حين اعتنق مذهب إعلان القبول. فإتباع الفقه الحنفي في هذا الصدد هو أمر لا يراعي اختلاف ظروف التعاقد وقت أخذ المذهب الحنفي بهذه النظرية وظروف التعاقد حالياً الذي يتم بوسائل اتصال حديثة وعلى رأسها الإنترنت. فهذه الوسائل لم تكن معروفة أو متاحة فيما مضى ولو كانت تحت بصر فقهاء المذهب الحنفي في حينه فربما تغير وجه الرأي لديهم. وبجانب ذلك فإن الأخذ بهذه النظرية، كما أشرنا سابقاً، يثير صعوبات عملية كثيرة فيما يخص إثبات وجود القبول وإعلانه من جانب الموجب له.

([1]) د/ يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجاب والقبول..، مرجع سابق، ص ص ١٢٢ – ١٢٣.

وجدير بالذكر أيضاً أن كلاً من القانون المدنى السورى[١] وقانون الموجبات والعقود اللبنانى[٢] قد أخذ بنظرية اعلان القبول وذلك لارتباط هذه الدول بعلاقات مالية وتعاقدات متشابكة وهو ما يبرر توحيد أحكام العقود فيها جميعاً.

وبجانب التشريعات السابقة فإن قانون الالتزامات والعقود المغربي قد تبنى أيضاً هذه النظرية حيث نص الفصل ٢٤ منه على أن " يكون العقد الحاصل بالمراسلة تاماً فى الوقت والمكان اللذين يرد فيهما من تلقى الإيجاب بقبوله.

والعقد الحاصل بواسطة رسول أو وسيط يتم فى الوقت والمكان اللذين يرد فيهما من تلقي الإيجاب للوسيط بأنه يقبله". وفى ذات المعنى جاء نص المادة ٢٨ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية بأنه " يتم التعاقد بالمراسلة فى وقت ومكان إجابة الطرف الآخر بالقبول.

---

(١) المادة ٩٨ من القانون المدنى السورى التى تنص على أنه " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين صدر فيهما القبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

(٢) راجع فى ذلك المادة ١٨٤ التى تنص على أنه " إذا كانت المساومات جارية بالمراسلة أو بواسطة رسول بين غائبين، فالعقد يعد منشأ فى الوقت وفى المكان اللذين صدر فيهما القبول ممن وجه إليه العرض". ويستفاد من هذا النص أن القانون اللبنانى وإن كان قد اعتنق مذهب إعلان القبول إلا أنه لم يفعل كنظرية الأردنى والسورى حين سمحا للأطراف أو المشرع الاتفاق على خلافها.

والتعاقد بواسطة رسول أو غيره تم فى **الوقت والجهة التى تحصل فيها الإجابة بالقبول من الطرف الآخر للرسول**".

ثانياً: نظرية تصدير القبول([1]):

على غرار ما عرضناه بشأن النظرية السابقة فإننا سوف نبين أحكام نظرية تصدير القبول من خلال إيضاح مضمونها وأساسها وتقييمها وموقف التشريعات منها وذلك كله على النحو التالى:

١- مضمون النظرية:

تخطو هذه النظرية خطوة أبعد من سابقتها حيث لا تكتفى بمجرد إعلان الموجب له للقبول، بل يلزم فضلاً عن ذلك أن يقوم هذا الأخير **بإرسال الرسائل الإلكترونية بحيث يصبح القبول باتاً ونهائياً ولا يمكنه إنكار صدوره أو التعديل فى مضمونه أو الرجوع عنه**([2]). ووفقاً لفقه هذه النظرية فإن العقد يتم لحظة تصدير الموجب للقبول بحيث يخرج

([1]) Expédition theory – Système d'expédition

([2]) د/ **بشار طلال أحمد مومني**، المرجع السابق، ص ٧٣؛ د/**سمير حامد الجمال**، المرجع السابق، ص١٣٧؛ د/ **أحمد شرف الدين**، قواعد تكوين العقود الالكترونية، مرجع سابق، ص ٩٨؛ د/ **محمد سعيد أحمد إسماعيل**، المرجع السابق، ص ١٥٤. وجدير بالذكر أن **المؤلف الأخير يخلط بين إعلان القبول وتصديره** وذلك في معرض تعليقه على موقف المشرع الأردني الذي ضمنه نص المادة ١٠١ من القانون المدني. ويعتقد سيادته أن هذه المادة حين نصت على أن التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول فان ذلك يعني- في نظر سيادته-أن النص يتبنى نظرية تصدير القبول. ولا شك أنفي ذلك خلط واضح بين صدور القبول بمعنى التعبير عنه وبين تصديره بمعنى إرساله للموجب بوسيلة تقليدية أو الكترونية.

عن سيطرته ويتجه نحو الموجب. وعلى ذلك فإنه بجانب إعلان القبول فإنه يلزم القيام بفعل مادى إيجابى وهو إرسال القبول إلى الموجب وخروجه من سيطرة الموجب له(١).

٢- أساس النظرية:

يستند أنصار هذه النظرية إلى أن عملية تصدير القبول تؤدى لخروجه من سيطرة الموجب له وتفوت عليه مكنة استرداده والرجوع عنه، وهو ما يعنى صيرورته نهائياً وباتاً.

٣- آليات إعمال النظرية فى إطار التعاقد الإلكترونى:

يتم التعاقد الإلكترونى وفقاً لهذه النظرية عن طريق النقر من جانب الموجب له على الأيقونة أو المفتاح الخاص بإرسال القبول

---

(١) د/ **خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص٢٩٧ والمرجع المشار إليه بهامش١؛ د/ **محمد عقله الإبراهيمى**، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، مرجع سابق، ص ص ١٢٠، ١٢١؛ د/ **يزيد أنيس نصير**، الارتباط بين الإيجاب والقبول...، مرجع سابق، ص٨٧؛ د/ **شحاته غريب شلقامي**، المرجع السابق، ص ١٢٢؛ د/ **هادي مسلم يوسف البشكاني**، المرجع السابق، ص ٢٤٠؛ د/ **أحمد شرف الدين**، المرجع السابق، ص ٩٨؛ وراجع في موقف القانون الانجليزي، د/ **فتحي عبد الرحيم عبد الله**، العناصر المكونة للعقد، مرجع سابق، ص ص ١١٦-١١٧؛ د/ **محمد سعيد أحمد إسماعيل**، المرجع السابق، ص ١٥٤ وما بعدها.

للموجب. ويتم التعاقد الإلكترونى لحظة النقر على مفتاح إرسال الرسالة الإلكترونية([1]) وخروجها عن سيطرة الموجب له.

٤- تقييم النظرية:

رغم الإضافة التى أتت بها هذه النظرية عن سابقتها إلا أن أوجه النقد التى وجهت للأخيرة تصدق بشأن الأولى أيضاً. ومن هذه الانتقادات:

أ - أن تصدير القبول لا يمثل سوى واقعة مادية ولا يتمتع بثمة قيمة قانونية. وعلى ذلك فإن تصدير القبول شأنه شأن إعلان القبول لا يكفى لانعقاد العقد([2]).

ب- أن تصدير القبول لا يحول دون استرداد القابل له أو على الأقل الإسراع بإبلاغ الموجب بالرجوع عن القبول وذلك قبل وصول القبول أو لحظة وصوله فلا ينعقد العقد عندئذ رغم تصدير

([1]) أنظر فى الفقه المصرى د/ **أسامة أبو الحسن مجاهد**، الوسيط فى قانون المعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص٢٣٦؛ د/ **خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص٢٩٧؛ د/ **سمير حامد الجمال**، المرجع السابق، ص١٣٧؛ وانظر فى الفقه الفرنسى على سبيل المثال:

G. Beaure D'augères, P. Bresse et **S. Thuilièr**, Paiement électronique sur internet, état de l'art, aspects juridique et impact sur les matiers, Thomson Puflishing 1997, p.108.

([2]) د/ **محمد السعيد رشدى**، المرجع السابق، ص٣٥؛ د/ **اشرف عبد الرازق ويح**، المرجع السابق، ص١٩٣، ١٩٤.

القبول وفقاً لهذه النظرية[١]. وبالتالى فإن هذه النظرية وإن حاولت التغلب على مشكلة إثبات الموجب لوجود القبول، فإنها لم تتغلب على إشكالية استرداد الموجب له لقبوله أو الإعلان عن العدول عنه قبل وصوله.

جـ- أن الأخذ بهذه النظرية يؤدى لفقد الموجب لحقه فى الرجوع عن الإيجاب منذ لحظة تصدير القبول رغم عدم علمه به[٢].

د - وفى إطار التعاقد الإلكترونى يمكن أن يؤدى الأخذ بهذه النظرية لصعوبات عملية حيث من المتصور تصدير الموجب له للرسالة الإلكترونية **ولكن لأسباب تقنية أو فنية تظل الرسالة الإلكترونية المحتوية** على القبول حبيسة البريد الإلكترونى للقابل، وبهذا نظل عملياً فى رحاب نظرية إعلان القبول رغم أن المفترض فى التعاقد الإلكترونى أن تصدير القبول يعنى وصوله للموجب حيث تختفى الفترة الزمنية بين التصدير والوصول[٣].

---

(١) د/ **عبد الرازق السنهورى**، الوسيط، مرجع سابق، ص٣٠٩؛ د/ **سمير حامد الجمال**، المرجع السابق، ص١٣٨؛ د/ **هادي مسلم يونس البشكاني**، المرجع السابق، ص ٢٤٠؛ د/ **شحاته غريب شلقامي**، المرجع السابق، ص ١٢٢.

(٢) د/ **يزيد أنيس نصير**، الارتباط بين الإيجاب والقبول، مرجع سابق، ص٨٨.

(٣) راجع فى ذلك د/ **أسامة أبو الحسن مجاهد**، الوسيط فى قانون المعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص ص ٢٣٦، ٢٣٧ والمرجع المشار إليه بهامش ٢٤٦، ص٢٣٧.

٥- موقف التشريعات من هذه النظرية:

لم يأخذ بهذه النظرية أياً من التشريعات العربية([1])، أو حتى القانون المدنى الفرنسى وإن كانت محكمة النقض الفرنسية قد اعتنقتها فى بعض أحكامها([2]). مع العلم بأن القضاء الفرنسى ظل متردداً بشأن الأخذ بأى من النظريات المتعلقة بتحديد لحظة إبرام العقد بين غائبين([3]). حيث أخذ بنظرية العلم بالقبول أحياناً وبنظرية إعلان القبول فى حالات أخرى.

ولعل سبب هذا التردد فى أحكام القضاء الفرنسى مرده أن محكمة النقض الفرنسية قد قضت بأن مسألة إبرام العقد تندرج ضمن مسائل الواقع وليس القانون ومن ثم تتمتع محكمة الموضوع بشأنها بسلطة تقديرية. وبغض النظر عن وجهة نظرنا فيما ذهبت إليه المحكمة فإننا نرى أن هذا الخلط والتردد يجد سببه فى صمت المشرع الفرنسى - على غير عادته - فى مسألة جوهرية كهذه. خاصة وأن بعض نصوص القانون المدنى الفرنسى توحى فى ظاهرها بالأخذ بنظرية العلم بالقبول. ومن ذلك المادة ٩٣٢ الخاصة بقبول الهبة وكذلك المادة ١٩٨٥ بشأن قبول الوكالة التي يوحى ظاهرها بالأخذ بنظرية إعلان القبول.

([1]) جدير بالذكر أن مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري (م ٢) يأخذ بهذه النظرية.

([2]) أنظر على سبيل المثال حكم الدائرة التجارية الصادر فى ١٩٨١/١/٧
Cass. com., 7 janvier 1981: Bull. Civ., I V, n.14, p.11.

([3]) لمزيد من التفاصيل راجع د/ يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجاب والقبول، مرجع سابق، ص٩٩ و انظر أيضا الأحكام المشار إليها بهوامش ص٩٩ و ص١٠١.

أما التشريعات الأنجلوأمريكية كالقانون الإنجليزى وكذلك مدونة العقود الأمريكية فإنها تتبنى **نظرية تصدير القبول**[١] أو ما يعرف فى المادة ٦٣/ب من هذه المدونة **بنظرية صندوق البريد**[٢]. على أنه وفقاً للمادة سالفة الذكر فإن هذه النظرية لا تجد مجالاً للتطبيق فى حالة الإيجاب الملزم الذى حدد له الموجب فترة معينة، وذلك شريطة أن يكون الموجب له قد قدم نظيراً لإلزامية الإيجاب حيث نكون عندئذ بصدد **نظرية وصول القبول**. وبالتالى ينعقد العقد عندئذ لحظة وصول القبول للموجب وليس لحظة تصديره من جانب الموجب له.

---

(١) ولا عبرة فى هذه الحالة بعلم الموجب بالقبول

" Without regard to whether it ever reaches the offeror". Art. 63 – a".

(٢) راجع فى ذلك د/ يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجاب والقبول...، مرجع سابق، ص٩٠ وما بعدها.

الفرع الثانى

النظرية التى تنحاز لصالح الموجب

عرضنا فى الفرع الأول للنظريات التى انحازت لصالح الموجب له ورأينا موقف الفقه والتشريع والقضاء منها. وسنعرض من خلال الفرع الماثل للنظريات المقابلة التى تولي وجهها صوب الموجب لترعى مصالحه وهى كالتالى:

أولاً: نظرية استلام القبول (نظرية وصول القبول)([1]):

وسنعرض لجوانب هذه النظرية فيما يلى:

١- مضمون النظرية:

يتمثل مضمون هذه النظرية **فى أن العقد ينعقد فور وصول القبول للموجب.** وهكذا يبدو لنا أن هذه النظرية تذهب لما هو أبعد من مجرد إعلان القبول أو حتى تصديره إذ يلزم فضلا عن ذلك وصول القبول لحوزة الموجب وخروجه نهائياً من سيطرة القابل، بحيث لا يمكنه استرداده. ويستوى أن يعلم الموجب بالقبول من عدمه. فالعبرة هى باستلامه له([2]).

([1]) Reception Theory – Système de réception

([2]) د/ سمير حامد الجمال، المرجع السابق، ص١٣٨؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص٢٩٧؛ د/ محمد السعيد رشدى، المرجع السابق، ص ٣٥؛ د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام...،

٢- أساس النظرية:

يستند أنصار هذه النظرية للمبررات التالية:

أ - **أن استلام الموجب للقبول يؤدى لجعله نهائياً بحيث لا يستطيع القابل استرداده.**

ب - **أن وصول القبول إلى الموجب يعد بمثابة قرينه على علمه به وبما تضمنه.** وهذا ما يتفق مع ما أخذت به المادة ٩٧ من القانون المدني المصري في عجزها.

جـ- **أن الأخذ بهذه النظرية يؤدى لتوزيع المخاطر بين طرفي العقد على نحو يحقق العدالة؛** فالموجب له يتحمل تبعة تأخر وصول القبول للموجب. كما يتحمل الأخير مخاطر عدم العلم بالقبول رغم استلامه له([1]).

مرجع سابق، ص ١٢٧ ؛ د/ شحاته غريب شلقامي، المرجع السابق، ص ١٢٣؛ د/ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص ١٣٩؛ د/ بشار طلال أحمد مومني، المرجع السابق، ص٧٤ ؛ د/ زياد خليف شداخ العنزي، المرجع السابق، ص ١٤٥؛ د/ محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص ١٥٧.

([1]) د/ نزيه محمد الصادق المهدى، النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق، ص٨١؛ د/ عباس العبودى، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفورى وحجيتها فى الإثبات المدنى، مرجع سابق، ص١٦٠.

٣- آليات إعمال النظرية فى إطار العقد الإلكترونى:

وفقاً لهذه النظرية ينعقد العقد الإلكترونى لحظة دخول الرسالة الإلكترونية فى صندوق البريد الإلكترونى Email الخاص بالموجب بصرف النظر عن علمه بمضمونه من عدمه(١).

ويختلف الأمر وفقاً لما إذا كان الموجب (المرسل إليه) قد حدد نظاماً معيناً للمعلومات لاستلام الرسالة الإلكترونية من عدمه؛ فإذا كان قد حدد نظاماً للمعلومات يتم بموجبه استلامه للقبول أو للرسالة الإلكترونية التى تشتمل عليه، **فإن العقد الإلكترونى يتم فى اللحظة التى يتلقى فيها الموجب الرسالة الإلكترونية التى تتضمن القبول**. وتتحدد لحظة إتمام التعاقد الإلكترونى فى هذا الفرض **بوقت دخول الرسالة الإلكترونية** السالف ذكرها **فى نظام المعلومات الذى حدده الموجب**(٢).

وعلى ذلك فإنه إذا تم إرسال القبول عن طريق البريد الإلكترونى **فإن العقد يتم لحظة وصول القبول للبريد الإلكترونى للموجب**، وهو أمر يسهل إثباته من جانب الطرفين. وتجدر الإشارة إلى أن العقد يبرم فى

---

(١) د/ **أسامة أبو الحسن مجاهد**، الوسيط فى قانون المعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص٢٣٧ ؛ د/ **محمد سعيد أحمد إسماعيل**، المرجع السابق، ص ١٥٧ ؛ د/ **أحمد شرف الدين**، المرجع السابق، ص ص ٩٩-١٠٠.

(٢) لمزيد من التفاصيل د/ **إبراهيم الدسوقى أبو الليل**، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص١١٧ وما بعدها.

هذه الحالة حتى ولو لم يطلع الموجب على محتويات بريده الإلكترونى بحيث يعلم فعلياً بالقبول الذى أدرج به(1).

وإذا تم إرسال الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول عبر نظام معلومات آخر خاص بالموجب ولكنه **ليس هو ذات النظام المعلوماتى الذى حدده الأخير لتلقى القبول الإلكترونى**، كما فى حالة وجود وسيط إلكتروني بينهما يتولى تسلم الرسالة من الموجب له وتوصيلها أو نقلها إلكترونياً أيضاً للموجب، فإن العقد يتم فى هذا الفرض فى اللحظة التى يستخرج فيها الموجب الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول. على أن **الموجب قد لا يحدد أصلاً ثمة نظام معلوماتى لتلقى القبول الإلكترونى** وعندئذ **فإن العقد الإلكترونى يتم لحظة دخول الرسالة الإلكترونية** المشتملة على القبول **فى نظام معلوماتى يخص الموجب**. و يعد ذلك إعمالاً لنظرية استلام القبول والذى يعد قرينه على العلم به، خاصة وأنه فى مجال التعاقد الإلكترونى بواسطة البريد الإلكترونى Email فإنه

---

(1) د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص١١٨. وأنظر فى الفقه الفرنسى على سبيل المثال،

M. Zoia, La notion de consentement à l'epreuve de l'électronique, précit.; **J. – P. Pizzio**, Le droit communautaire et le commerce électronique Jcp. éd. entrp., n.4, 2002, p.17; comp. **V. Gautrois**, La couler du consentemment électronique http: www. Droit – montereal. ca, 2003, p.14 et s.

يسهل تحديد لحظة هذا الاستلام بدقة(١). وتجدر الإشارة هنا إلى أن لحظة إرسال القبول هى غالبا ذات اللحظة التى يتسلمه فيها الموجب. كما أنه لا عبرة فى هذا الفرض بعلم الموجب بالقبول فعلياً من عدمه.

ونظراً لأهمية تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكترونى فإن الأطراف أو المشرع قد يتطلبوا اتحاد إجراء أو القيام بعمل معين يؤكد على وصول الرسالة كالإقرار باستلام الرسالة الإلكترونية المشتملة على القبول أو الإيجاب الإلكترونى وقد يعلق الطرفان إبرام أو إتمام التعاقد على وصول ذلك الإقرار بالاستلام وقد حرصت بعض التشريعات العربية التى تنظم المعاملات الإلكترونية على استلام ذلك الإجراء ومن ذلك نص المادة ١٦ من القانون الأردنى بشأن، وكذلك المادة ١٦ من قانون إمارة دبي والمادة ١٤ من القانون البحرينى.

٤- تقييم النظرية:

الواقع أن النقد الموجه للنظريتين السابقتين يصدق فى بعض جوانبه فى حق نظرية استلام القبول أيضا. فلا يكفى استلام القبول

---

(١) د/ **إبراهيم الدسوقى أبو الليل**، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية...، المرجع السابق، ص١٢٩ ؛ د/ **أحمد شرف الدين**، المرجع السابق، ص ١٠٠؛ د/ **محمد سعيد أحمد إسماعيل**، المرجع السابق، ص ص ١٥٧-١٥٨.

أيضاً لانعقاد العقد و ذلك لأن واقعة الاستلام لا تعدو أن تكون محض واقعة مادية بلا قيمة قانونية، فالعبرة هى بعلم الموجب بالقبول([1]).

ويذهب بعض الفقه([2]) إلى أن مذهب استلام القبول هو الأولى بالإتباع فى شأن مجلس العقد الإلكترونى إذ يتحقق العلم بالقبول بمجرد استلامه و الذى يفترض معه العلم به فور استلامه.

٥- موقف التشريعات من النظرية:

اعتنقت بعض التشريعات مذهب استلام القبول ومن بينها **القانون المدنى الفرنسى** بعد تعديله بموجب قانون تدعيم الثقة فى الاقتصاد الرقمى رقم ٥٧٥ – ٢٠٠٤ والصادر فى ٢٠٠٤/٦/٢١. وقد تم إضافة الأحكام الخاصة بالعقود الإلكترونية والتى تبنت نظرية استلام القبول كأساس لتحديد لحظة انعقاد العقد وكذلك لتحديد مكان إتمام التعاقد الإلكترونى. ويبدو ذلك من خلال نص المادة ٥/١٣٦٩ -٣ والذى يقرر أن الطلب أو التوصية وتأكيد القبول والإقرار بالاستلام يعتبروا قد وصلوا فى اللحظة التى يستطيع فيها المرسل إليه (الموجب) أن يطلع

([1]) راجع فى ذلك د/ **محمد السعيد رشدى**، المرجع السابق، ص٣٦ ؛ د/ **أسامه أبو الحسن مجاهد**، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

([2]) أنظر على سبيل المثال د/ **رضا متولي وهدان**، النظام القانونى للعقد الإلكترونى، مرجع سابق، ص ١٥١؛ د/ **إيمان مأمون أحمد سليمان**، المرجع السابق، ص ١٤٠.

عليه([1]). وتجدر الإشارة إلى أن هذا النص قد تم جاء على هدى من التوجيه الأوربى الخاص بالتجارة الإلكترونية الصادر فى ٨/١/٢٠٠٠، حيث تنص المادة ١١/١-٢ من هذا التوجيه على أن " الطلب والإقرار بالاستلام يعتبروا قد تم استلامهم فى اللحظة التى يستطيع الأطراف التى وجهت إليهم الإطلاع عليه".

وخلاصة ما سبق أنه وفقاً للقانون المدنى الفرنسى فإن **العقد الإلكترونى يعد منعقداً فى اللحظة التى يتسلم فيها الموجب القبول** بصرف النظر عن علمه به فعلياً من عدمه([2]). وعلى ذلك فإن العبرة هى بوصول القبول الإلكترونى لصندوق البريد الإلكترونى الخاص بالموجب حتى ولو لم يتصل علمه بمحتوى الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول فعلاً([3]).

([1]) **L. Archambault**, La formation du contrat de vente en ligne et la protection du consommateur, op. cit., p.63; **L. Grynbaum**, La directive commerce électronique ou l'inquietant retour de l'individualisme juridique: Jcp, éd. entrp., 2001, n.12, p.599; **M. – I. Cahen**, op. cit., p.26 .

([2]) راجع فى ذلك د/ **سامح عبد الواحد التهامى**، المرجع السابق، ص٢١٢ والمراجع المشار إليها بهامش١.

([3]) د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص١١٩ وما بعدها؛ د/ **محمد شكرى سرور**، موجز أحكام عقد البيع الدولى للبضائع وفقاً لاتفاقية فينا، ١٩٨٠، مجلة الحقوق، مرجع سابق، ص١٣٠ وما بعدها.

وقد تبنى قانون الأونيسترال الخاص بالتجـارة الإلكترونيـة ذات النهج من خلال مادته الخامسة.

ثانياً : نظرية العلم بالقبول([1]):

تمثل نظرية العلم بالقبول إحدى النظريات التى تـسعى لتحقيـق حماية فعالة للموجب. وتركز هذه النظرية على إرادة الأخير وتمنحـه مهلة أبعد لممارسة خيار العدول عن إيجابه([2]). وسنعرض لأحكام هذه النظرية على النحو التالى:

١- مضمون النظرية:

وفقاً لنظرية العلم بالقبول فإن العقد لا يتم إلا فى اللحظة التى يعلم فيها الموجب فعلياً بالقبول. وعلى ذلك فإن العبـرة لا تكـون بلحظـة استلام الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول ولكن بلحظة العلم الفعلـى والحقيقى بمضمونها من جانب الموجب. و يعد ذلك هو مكمن تميزهـا عن نظرية استلام القبول. وحرى بالإشارة أن أنـصار نظريـة العلـم بالقبول قد حاولوا التخفيف من انحيازها تجاه الموجب، بحيـث يعتبـر

([1]) Information theory – Système d'information

([2]) فى نفس المعنى د/ يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجـاب والقبـول، مرجع سابق، ص٨٨؛ د/ شحاته غريب شلقامي، المرجع الـسابق، ص ١٢٥؛ د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ١٠١؛ وراجع أيـضا ص ١٠٢ وما بعدها حيث يعرض سيادته لموقف التشريعات الأوروبيـة والقوانين النموذجية.

استلام القبول قرينه بسيطة على العلم به. وعلى ذلك فإن عبء إثبات عدم العلم بالقبول رغم استلامه يقع على كاهل الموجب([1]).

٢- أساس النظرية:

يستند أنصار هذه النظرية بنص المادة ٩٧ من القانون المدنى المصرى والنصوص المقابلة فى التشريعات العربية والتى تفيد أن القبول باعتباره إرادة لا ينتج أثره القانوني وهو انعقاد العقد إلا فى لحظة علم الموجب به، إذ فى هذه اللحظة فقط يمكننا القول بتوافق الإرادتين([2]).

وجدير بالذكر أن غالبية الفقه يميل للأخذ بهذه النظرية لسلامة أساسها القانونى([3]). ويرى البعض أن هذه النظرية هى التى تتلاءم مع طبيعة المعاملات الإلكترونية وتضفى عليها الثقة والاستقرار فى التعامل

([1]) أنظر على سبيل المثال د/ **أنور سلطان**، المرجع السابق، ص٨٩.

([2]) د/ **عبد الرزاق السنهورى**، الوسيط، مرجع سابق، ص٢٩٣ وما بعدها؛ د/**أشرف عبد الرازق ويح**، المرجع السابق، ص١٩٥؛ د/ **محمد السعيد رشدى**، المرجع السابق، ٣٦؛ د/ **نبيل إبراهيم سعد**، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ١٢٨؛ د/ **محمد حسين منصور**، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ص ١١٣-١١٤؛ د/ **سمير حامد الجمال**، المرجع السابق، ص ١٤١.

([3]) راجع فى ذلك د/ **أشرف عبد الرازق ويح**، المرجع السابق، ص ص ١٩٥، ١٩٦؛ وأنظر كذلك ص ص ٢٠٣، ٢٠٤ من ذات المرجع.

خاصة وأن العقود الإلكترونية فى أشد الحاجة لذلك حتى تستقر وتتنامى([1]).

٣- آليات إعمال النظرية فى إطار العقد الإلكترونى:

تتوقف آلية العلم بالقبول الإلكترونى على سلوب التعاقد عبر الإنترنت؛ فإذا كان الاتصال والتفاعل مباشراً بين الموجب والموجب له عبر الخط فإن العلم اليقينى بالقبول يتحقق فوراً وأثناء التفاعل المباشر بين المتعاقدين حيث لا تنقضى ثمة فترة بين صدور القبول والعلم به([2]).

أما إذا كان التعاقد يتم من خلال البريد الإلكترونى E mail، فإن لحظة العلم الحقيقى بالقبول الإلكترونى يتحقق فى **لحظة فتح الموجب لصندوق البريد الإلكترونى الخاص به**، ومطالعته للرسالة الإلكترونية المشتملة على القبول([3]). على أن الأمر ليس بهذه البساطة فى إطار العقد الإلكترونى. فالأمر ليس بتلك البساطة التي تبدو ظاهريا، حيث

([1]) **د/ سمير حامد الجمال**، المرجع السابق، ص١٤٣.

([2]) **X. Linant de Belfonds**, Commerce électronique et avenir des circuits distribution, de l'expérience des États – Unis aux prespectives françaises, Aspects juridiques et fiscaux, la proplèmatique française, Colloque du 13/5/1998: Gaz. Pal., 1998, p.17.

([3]) **د/ أسامة أبو الحسن مجاهد**، الوسيط فى قانون المعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص٢٣٧.

توجد عدة لحظات متشابكة فى هذا الصدد([١])، فهل سيتم العقد لحظة فتح الموجب لجهاز الحاسب الآلى الخاص به أم اللحظة التى يشرع فيها فى الإبحار عبر الشبكة، أو يتم فى تلك اللحظة التى يفتح فيها بريده الإلكترونى ويطلع على مضمون الرسالة الإلكترونية......الخ.

ولما كان العقد الإلكترونى يتسم بالطابع الدولى ويبرم عن بعد، فانه يفترض أحيانا انتماء كل طرف من أطرافه لدولة ونظام قانونى مختلف. وحيث أن بعض الدول، كما رأينا، تأخذ بمذهب إعلان القبول كالأردن ولبنان وسوريا، بينما تتبع دول أخرى نظرية استلام القبول كفرنسا، فى حين تعتنق تشريعات دولا أخرى مذهب العلم بالقبول. وهكذا يتضح أن إشكالية تنازع وتداخل القوانين تبقى قائمة فى نطاق العقد الإلكترونى وتحتاج لحل حاسم وعادل([٢]).

ولاشك أن أفضل الحلول هنا يتمثل فى **توحيد قواعد العقد الإلكترونى** على المستوى الدولى أو على الأقل على مستوى التكتلات الاقتصادية كالاتحاد الأوربى أو السوق العربية المشتركة. ولحين الوصول لهذا التوحيد فإن **اتفاق الأطراف** على تحديد لحظة العقد يظل

([١]) راجع فى ذلك:

X. Limant de Bellefonds, op. cit., p.17; **M. – I. Cahen**, Le consentement sur Internet, précitée.

([٢]) **Beaure d'augères, Breese et Thuilier**, op. cit., pp. 109 – 110.

هو الحل المتاح حالياً. كما يمكن أيضا أن يتم ايجاد هذا الحل من خلال العقود الإلكترونية النموذجية([1]).

وإذا كانت اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ والخاصة بالبيع الدولى للبضائع قد تغلبت على تلك الصعوبة بشأن العقود الإلكترونية التى تبرم بين أطراف تنتمى للدول التى دفعت على الاتفاقية وعددها ٤٥ دولة فقط، فإن الإشكالية تظل قائمة بشأن العقود الإلكترونية الدولية التى يكون أطرافها أو أحدهم منتميا لدولة لا تسرى بشأنها تلك الاتفاقية([2]).

٤- موقف التشريعات من النظرية:

حظيت النظرية الماثلة بقبول العديد من التشريعات العربية وعلى رأسها القانون المدنى المصرى. وقد أورد هذا الأخير نصان متكاملان فى هذا الشأن وهما نص المادة ٩١ والتى تقرر أنه " ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينه على العلم به، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك".

وقد جاء نص المادة ٩٧ استكمالاً للسياق المنطقى ذاته و الذى اتبعه المشرع حيث يجري على أنه "١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد

([1]) راجع بشأن العقود النموذجية بالتفصيل د/ أيمن سعد سليم، العقود النموذجية ، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥.

([2]) لمزيد من التفاصيل د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط فى قانون المعاملات الإلكترونية...، مرجع سابق، ص ص ٢٣٧، ٢٣٨. وجدير بالذكر أن هذه الصعوبة لا تثار بشأن العقود الإلكترونية الوطنية حيث يسرى بشأنها قانون دولة الأطراف.

تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك.

٢- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول".

ويستفاد من النصين السابقين أن المشرع المصرى قد تبنى نظرية العلم بالقبول ثم أسبغ عليها بعض المرونة بما يحقق التوازن بين مصالح الطرفين. كما يفسح المجال أيضا أمام اتفاق الأطراف أو النصوص الجماعية التى توحد أحكام التعاقد الإلكترونى بين الدول، أو تلك الوطنية التى تأتى استجابة لهذا الهدف. وبيان ذلك أن عجز المادة ٩١ وكذلك الفقرة الثانية من المادة (٩٧) يقرران قرينة لصالح القابل مؤداها؛ أن استلام الموجب للقبول يعد قرينه على العلم به. وبهذا يتم **حفظ التوازن بين مصالح الموجب والقابل.**

أما عجز الفقرة الأولى من المادة ٩٧ فقد أجاز **اتفاق الأطراف** على انعقاد العقد فى زمان ومكان غير وقت ومكان العلم بالقبول. كما أجاز المشرع أيضاً تحديد مكان وتوقيت آخرين لانعقاد العقد بخلاف ما جاء به صدر هذه الفقرة[1].

([1]) ويقابل هذا النص نظيره رقم ١٤٢ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة والذى ينص على أن " ١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين تم فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك".

وقد سار على نهج المشرع المصرى أيضاً عدة قوانين عربية كالقانون المدنى الكويتى والذى نص فى المادة ٤٩ على أنه " إذا حصل الإيجاب بالمراسلة يعتبر أنه قد تم فى الزمان والمكان اللذين يتصل فيهما القبول بعلم الموجب، ما لم يتفق على غير ذلك أو يقضى القانون أو العرف بخلافه".

ويستفاد من هذا النص أنه يفسح المجال للعرف فضلاً عن الاتفاق ونص القانون، لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد خلافاً للحظة ومكان علم الموجب بالقبول.

وقد سار القانون المدنى الجزائري على ذات النهج أيضاً حيث يجرى نص المادة ٦١ منه على أن " ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه، بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينه على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

ويتضح من هذا النص أنه يحدد فقط لحظة انعقاد العقد. فلم يتعرض النص لمكان الانعقاد خلافاً للقانون المدنى المصرى ونظيره الكويتى. وتضيف المادة ٦٧ من القانون الجزائرى أيضاً أنه " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك. ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان، وفى الزمان اللذين وصل فيهما القبول"([1]).

([1]) ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

وقد جاء **القانون المدنى القطرى** أيضاً موافقاً لنظيره المصرى بشأن تحديد لحظة انعقاد العقد. فقد تبنى هذا القانون نظرية العلم بالقبول من خلال نص المادة ٧٧ الذي يجري على أنه " يعتبر التعاقد بالمراسلة قد تم فى الزمان والمكان اللذين يتصل فيهما القبول بعلم الموجب، ما لم يتفق على غير ذلك أو يقضى القانون أو العرف بخلافه".

ويفيد هذا النص أن المشرع القطرى أيضاً قد ساير نظيره الكويتى فيما يتعلق بإمكانية تحديد العرف لمكان وزمان لانعقاد العقد بخلاف ما جاء بالنص.

والواقع أنه رغم أن **مجلة الالتزامات والعقود التونسية** قد نحت صوب **نظرية إعلان** . إلا أن القانون رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية قد انتهج نظرية العلم بالقبول. ويستفاد ذلك من نص المادة ٢٨ من هذا القانون الذى يقرر أنه "**ينشأ العقد الإلكترونى بعنوان البائع وفى تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبيه** بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

وقد أخذ بذات النظرية أيضاً **التوجيه الأوربى رقم ٢٠٠٠ – ٣١ بشأن التجارة الإلكترونية** الذى يستلزم لانعقاد العقد الإلكترونى استلام التعبير عن الإرادة والعلم به([1]).

([1]) **د/ سمير حامد الجمال**، المرجع السابق، ص١٤٢؛ قارن **د/ سامح عبد الواحد التهامى**، المرجع السابق، ص ص ٢١١، ٢١٢.

وبعد أن عرضنا للنظريات الخاصة بتحديد زمان انعقـاد العقـد الالكتروني أو التقليدي الذى يبرم بين غائبين من خلال مجلـس العقـد الحكمى، فإنه يجدر بنا التنويه إلى أن بعض التـشريعات قـد أخـذت **بنظريات مختلطة**([1]) فى محاولة لتعظيم الاستفادة من حلال دمج أكثـر من نظرية وهو ما سنوضحه فيما يلي.

مزايا الجمع بين أكثر من نظرية لتلافى أوجه القصور وتعظـيم أوجه التمييز لكل منهما:

ومن التشريعات التى تبنـت هـذا الـنهج، **قـانون الالتزامـات السويسرى**، حيث تقرر المادة ١/١٥ منه **أن العقد ينعقد فـى اللحظـة التى يتم فيها تصدير القبول، وذلك شريطة أن يتسلمه الموجب.**

والواقع أن هذا التفسير لا يحقق ثمة فائـدة فـى إطـار التعاقـد الإليكترونى، خاصة فى الحالات التى يتم فيها التعاقد على الخـط إذ لا يوجد فاصلا زمنيا بين لحظتي تصدير القبول واسـتلامه مـن جانـب الموجب. ولعل ذلك هو ما هدف بعض التشريعات للجمع بين نظريتـى تصدير القبول والعلم به([2]).

([1]) لمزيد من التفصيل راجع، د/ **يزيد أنيس** نـصير، الارتبـاط بـين الإيجـاب والقبول...، مرجع سابق، ص ص ٨٩، ٩٠.

([2]) راجع فى ذلك د/ **يزيد أنيس** نصير، المرجع السابق، ص ٨٩، وبصفة خاصة هامش ٤٨ حيث أورد سيادته نص المادة ٤ مـن القـانون الهنـدى باللغـة الإنجليزية.

ومن تلك التشريعات نجد **القانون المدنى الهندى**، حيث تقرر **مادته الرابعة** أن العقد ينعقد بالنسبة للموجب له منذ لحظة تصدير القبول.

فى حين لا ينعقد بالنسبة للموجب إلا من لحظة علمه به(١). على أنه يجوز للقابل، الرجوع عن قبوله بشرط أن يصل أمر الرجوع لعلم الموجب قبل وصول القبول ذاته لعلمه.

المطلب الثانى

مكان إبرام العقد الإليكترونى

بعد أن عرضنا للنظريات الخاصة بتحديد زمان إبرام العقد الإليكترونى وموقف التشريعات المختلفة من تحديد لحظة الانعقاد، فإنه يبقى ضروريا أن نبين مكان انعقاد العقد الإليكترونى أيضا. فلا يخفى على الفطنة ما لتحديد هذا المكان بدقة من آثار قانونية بالغة الأهمية. وبيان ذلك أنه يترتب على تحديد هذا المكان التعرف على **المحكمة التى تختص** بنظر ما قد ينشأ عن هذا العقد من منازعات خاصة بمناسبة تفسيره أو تنفيذه أو إنهاؤه. ولا شك أن تحديد ذلك المكان يتوقف على موقف الفقه والقضاء والتشريع من طبيعة مجلس العقد الإلكترونى؛

---

(١) جدير بالذكر أن بعض الفقه المصرى يؤيد تلك الازدواجية فى لحظة إبرام العقد الإلكترونى، أنظر على سبيل المثال د/ **شحاته غريب شلقامي**، المرجع السابق، ص ١٤٣.

فالأخذ بأنه تعاقداً بين حاضرين([1])، حين يتحقق الالتقاء الحكمى بين المتعاقدين، يعنى أن المكان الذى يجمع الطرفين حال انعقاد العقد هو **القضاء الافتراضى.**

والواقع أن هذا الرأى لم يحظى بالقبول. إذ يرى أغلب الفقه وبحق، أن العقد الإليكترونى هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان. وعلى ذلك فإنه يظل من الضرورى تحديد مكان انعقاد العقد نظراً لاختلاف المكان الذى يوجد فيه كل طرف لحظة إبرامه. وترجع صعوبة الأمر إلى أن الحل يختلف من نظرية لأخرى **فى حالة غياب الاتفاق أو النص التشريعى** الذى يحسم تلك القضية الهامة.

وسنحاول فيما يلى إلقاء الضوء على الحلول التى تبناها المشرع فى بعض الدول وذلك من خلال الفرعين التاليين:

([1]) انظر على سبيل المثال د/ **فاروق الأباصيرى**، عقد الاشتراك فى قواعد البيانات عبر شبكة الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٢، ص ٥٩ وما بعدها؛ وانظر فى الفقه الفرنسى :

M.-I. Cahen, La formation des contrats de commerce électronique, op. cit., p. 27;

S. Guillemard, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, op. cit., p. 320.

الفرع الأول

موقف التشريعات العربية

ينقسم الرأي حول مكان انعقاد العقد إلى اتجاهين سنبينهما على النحو التالي:

الاتجاه الأول : الإبرام في مكان إعلان القبول:

يتبنى القانون السورى واللبنانى والأردنى هذا الاتجاه[١]. ووفقاً لهذه القوانين فإن مكان انعقاد العقد يتحدد بلحظة إعلان القبول. ومن ثم يكون ذلك المكان هو مكان وجود الموجب له عند إعلانه عن قبول التعاقد. وينطبق هذا الحل فى تلك الدول سواء كنا بصدد العقد بمفهومه التقليدى أو فى ثوبه الإلكترونى.

الاتجاه الثانى : الإبرام فى مكان العلم بالقبول:

تتبنى بعض التشريعات وعلى رأسها القانون المدنى المصرى[٢]، فكرة تمام العقد فى مكان علم الموجب بالقبول باعتباره المكان الذى شهد تطابق الإرادتين، ومن ثم إبرام العقد. على أنه باستلام الموجب للقبول، فإنه يفترض علمه به ما لم يثبت العكس. وعلى ذلك فإنه إذا اختلف مكان استلام القبول عن مكان العلم به، فإن الأمر يتوقف عندئذ

---

(١) راجع المادة ١٠١ من القانون المدنى الأردنى، وانظر كذلك المادة ٩٨ من القانون المدنى السورى، والمادة ١٨٤ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى.

(٢) راجع فى ذلك المادتين ٩١، ٩٧ من القانون المدنى المصرى؛ ومن هذا الاتجاه أيضاً القانون المدنى الكويتى، (م/٤٩)، وقانون المعاملات المدنية الإماراتى (م/١٤٢).

على مسلك الموجب وما إذا كان سيسلم بقرينة العلم بالقبول عند استلامه أم سينجح في اثبات العكس.

والواقع أن هذا الحل، كما بينت الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى([١])، يحقق مصلحة الموجب على اعتبار أنه هو الذى يبتدئ التعاقد ويحدد نطاقه ومضمونه وشروطه وبذلك فلا غرابة أن يراعى المشرع مصالحه بشأن تحديد مكان انعقاد العقد.

ويستفاد مما سبق أنه، إذا لم يتفق الطرفان أو ينص المشرع على تحديد مكان إبرام العقد الإليكترونى، فإنه يتم تحديد ذلك المكان وفقاً لما فيه صالح الموجب، وهو ما يقتضى اعتبار العقد منعقداً فى مكان وجود الموجب لحظة استلام القبول أو العلم به([٢]).

والواقع أن إعمال هذه النظرية فى مجال التعاقد الإلكترونى يقتضى التمييز بين حالتين وهما:

الحالة الأولى: إبرام العقد من خلال التفاعل المباشر عبر الخط:

وفى هذه الحالة ينعقد العقد فى مكان وجود الموجب حيث لا يوجد فاصلا زمنيا بين صدور القبول والعلم به. وعلة ذلك، أن العقد فى هذه

([١]) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى، جـ٢، ص ص ٥٣، ٥٤.

([٢]) د/ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

الحالة يعد من قبيل التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان([1]).

الحالة الثانية : إبرام العقد من خلال البريد الإلكترونى:

وعندئذ فإن مكان إبرام العقد هو المكان الذى يتواجد فيه الموجب لحظة علمه بمضمون الرسالة الإلكترونية التى تشتمل على القبول. ويأخذ ذات الحكم أيضاً أن يتم التعاقد عبر الويب حيث يكون مكان تمام التعاقد هو ذلك المكان الذى يوجد به الموجب لحظة إطلاعه على الرسالة أو الموقع المتضمن للقبول الإلكترونى([2]).

ويذهب بعض الفقه إلى أنه من الصعب تطبيق نظرية العلم بالقبول بشأن التعاقد الإلكترونى عبر الإنترنت، ويرى هذا الجانب أن نظرية استلام القبول تكون أكثر عدالة فى مجال التعاقد الإلكترونى. ويتفق هذا التفسير، فى نظرهم، مع ما جاء بعجز المادة ٢/٩٧ من القانون المدنى المصرى التى أقامت قرينة العلم بالقبول بمجرد استلامه. ويؤكد هذا الجانب على أن " نظرية تسليم القبول ستكون الأكثر تطبيقاً من الناحية العملية على أساس الفقرة الثانية من المادة ٩٧ من القانون المدنى والتى افترضت أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان الذى وصل فيه إليه، وعليه هو إثبات العكس وهو أمر صعب من الناحية

([1]) د/ سامح عبد الواحد التهامى، التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص٢١٦.

([2]) د/ سامح عبد الواحد التهامى، المرجع السابق، ص ٢١٦.

العملية، وبالتالى سيكون مكان انعقاد العقد هو مكان وصول القبـول إلا إذا أثبت الموجب العكس، وأنه علم بالقبول فى مكان آخر"([١]).

والواقع أن هذا الرأى فضلاً عن غموضه واستناده لصعوبات عملية عوضاً عن الأسس القانونية السليمة، فإنه لم يقدم جديداً عما تبناه القانون المدنى المصرى، ونعني نظرية العلم بالقبول فقد خفف المشرع من آثارها بتبنى قرينة العلم به بمجرد استلامه ما لم يثبت الموجب العكس.

ولا شك أن إثبات الاستلام والعلم بالقبول فى حالة التعاقد الإلكترونى من خلال البريد الإلكترونى خاصة يكون سهلاً. فالمعلوم أن تقنية الإنترنت تسمح بالتعرف على لحظة وصول الرسالة الإلكترونية لصندوق خطاب الموجب ولحظة اتصاله بها وعلمه بها.

و يستند هذا الرأي أيضاً لتبنى المشرع الفرنسى لمذهب استلام القبول. وقد حاول بعض أنصار هذا الاتجاه التوفيق بين هذا المذهب ومذهب العلم بالقبول الذى تبناه المشرع المصرى. على أن السؤال الآتى يظل قائماً، كيف نطبق نظرية استلام القبول إذا كان **المكان الذى يتم فيه الاستلام يختلف تماماً عن المكان الذى يتم فيه العلم**. ومثال ذلك أن يكون البريد الإلكترونى للموجب يعمل على وحدة خدمة كائنة فى دولة ما، وكان الموجب موجودا فى دولة أخرى حيث علم فيها

([١]) راجع فى ذلك د/ **سامح عبد الواحد التهامى**، المرجع السابق، ص ٢١٦، ٢١٧.

بالقبول فعلياً. فالأخذ بنظرية استلام القبول فى هذه الحالة يعنى أن العقد يتم فى الدولة التى توجد بها وحدة الخدمة. بينما يترتب على تبنى نظرية العلم بالقبول اعتبار العقد مبرماً في الدولة التي علم فيها الموجب بالقبول، وهذا هو الحل الأقرب للعدالة.

الفرع الثانى

موقف تشريعات المعاملات الإلكترونية

يحرص الاتحاد الأوروبى على إصدار توجيهات خاصة بالتجارة الإلكترونية تستعين بها دول الاتحاد حال سنها تشريعات تنظيم المعاملات الإلكترونية. ولعل من أهم هذه التوجيهات ذلك الصادر سنة ٢٠٠٠ بشأن التجارة الإلكترونية. وقد حرصت الأمم المتحدة أيضاً على وضع قانون نموذجى تهتدى به الدول الأعضاء عند سنها لتشريعات فى هذا الصدد.

وسوف نحاول فيما يلى إلقاء بعض الضوء على موقف التشريعات المعنية بتنظيم المعاملات الإلكترونية من تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونى الذي يبرم عبر الانترنت.

أولاً – موقف قانون الأونسيترال النموذجى :

يستفاد من نص المادة ٤/١٥ من هذا القانون أن مكان إبرام العقد الإلكترونى هو ذلك الذى يوجد به مقر عمل من يرسل إليه القبول. ويفيد نص الفقرة الرابعة من المادة ١٥ من هذا القانون أن مكان

إرسال الرسالة الإلكترونية يتحدد بالمكان الذى يقع فيـه مقـر عمـل المنشئ، وأن مكان استلامها هو المكان الذى يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك. والمعلوم أنه وفقاً للفقرة الأولى من ذات المادة أن رسالة البيانات تعد مستلمة فى الوقـت الذى تدخل فيه نظام المعلومات الخاص بالمرسل إليه. وعلى ذلك فـإن وقت تسلم القبول هو لحظة دخول الرسالة الإلكترونية المشتملة عليه فى النظام المعلوماتى الخاص بالموجب أو فى بريده الإلكترونى. وجـدير بالذكر أن القانون المدنى الفرنسي يأخذ بذلك الاتجاه، ويبين ذلـك مـن خلال نص المادة ٢/١٣٦٩([1]).

على أن هذا الحكم الذى تبناه قانون الأونسيترال وتبعته فى ذلـك العديد من التشريعات الوطنية يثير صعوبة عملية أيـضا. فقـد يوجـد المكان الذى يتم فيه استلام القبول فى دولة مغايرة لتلك التى يتم فيهـا العلم به.

([1]) ويجرى نص هذه الفقرة على أنه :

" Pour que le contrat soit valablement conclu le déstinatiaire de L'offre doit avoir eu la possibilité de verifier le détail de sa commande et son prix total et de corriger d'eventuelles erreurs avant de confirmer celle-ce pour l'exprimer son acceptation. L'auteur d'offre doit accuser réception sans délai injustifé et par voie éléctronique de la commande qui lui a été ainsi adressé.

Le commande, la confirmation de l'accptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès".

فالسؤال الذى يطرح نفسه عندئذ يدور حول أى دولة منهما ستعد مكاناً لإبرام العقد؟ وفضلاً عن ذلك فإن الموجب قد يكون لديه أكثر من مقر للعمل، فما هو المقر الذى سنعتد به كمكان لإبرام العقد الإلكترونى إذا لم يكن الطرفان قد سبق لهما تحديده. ووفقاً لقانون الأونسيترال فإنه عند تعدد مقار عمل الموجب فإنه يتم الاعتداء بالمقر الذى يرتبط بالعقد الإلكترونى المبرم. فإذا لم نتمكن من تحديد هذا المقر تكون **العبزة بمقر العمل الرئيسى للموجب**. وعند عدم وجود مقر عمل للموجب تكون العبرة **بمحله المعتاد**. وعندما يكون الموجب **شخصاً معنوياً** يكون مقره المعتاد **هو المقر الرئيسى أو المكان الذى تأسس فيه.**

وتثور الصعوبة أيضاً فى حالة وجود هذه الخدمة الخاصة بالبريد الإليكترونى فى دولة وكون الموجب ذاته وقت العلم بالقبول فى دولة أخرى. وقد انقسم الفقه فى هذا الصدد إلى الاتجاهين التاليين(١):

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك د/ **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكترونى، مرجع سابق، ص ٣٠٨ ، ٣٠٩؛ د/ **إبراهيم الدسوقى أبو الليل**، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص ١٢٠ وما بعدها؛ د/ **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص ٦٣ وما بعدها؛ د/ **سامح عبد الواحد التهامى**، التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص ٢١٨ وما بعدها.

وانظر فى الفقه الفرنسى أيضاً:

M. –I. Cahen, La formation des contrats de commerce électronique, op. cit., p. 13 et s;

Y. Dietrich., et **A. Mennais**, Un_apercu de la propositions de directive 98 – 589 rélative à certains aspects juridiques du commerce électronique, http://www.juriscom. net.

الاتجاه الأول : يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن العبرة هى بمكان وجود الموجب وليس بمكان تواجد وحدة الخدمة. ويؤسس هذا الجانب رأيه على نص المادة ١٩ من التوجيه الأوروبى الخاص بالتجارة الإليكترونية([1]) والتى تقرر أن مكان الشركة التى تؤدى خدمات الإنترنت هو المكان الذى تمارس فيه نشاطها وليس المكان الذى توجد به وحدة الخدمة.

ويضيف أنصار هذا الاتجاه أن الأخذ به هو الذى يكفل الاستقرار القانونى للمعاملات الإلكترونية، كما يضمن احترام توقعات المتعاقدين. فالموجب له يعلم مكان الموجب، غير أنه قد لا يعلم مكان وجود وحدة الخدمة التى يعمل عليها أو من خلالها موقعه أو بريده الإلكترونى. وفضلاً عن ذلك فإن موقع نظم المعلومات قد يتغير دون أن يعلم الطرفان بذلك. ولعل ذلك كله يبرر الاعتداد بمكان وجود الموجب وليس مكان وجود وحدة الخدمة([2]).

([1]) يجرى نص هذه المادة على أنه :

" Le lieu d'étabbissement d'une" societé fourmissant des services par le biais site internet n'est pas le lieu où se situe l'instalation téchnologie que servant de support au site ni le lieu ou site est accessible mais le lieu où il exerce son activité économique".

([2]) د/ سامح عبد الواحد التهامى، المرجع السابق، ص ٢٢٠.

الاتجاه الثانى : على عكس الاتجاه السابق، يرى جانب آخر من الفقه(١) أن مكان انعقاد العقد الإلكترونى هو ذلك المكان الذى توجد به وحدة الخدمة دون النظر لمكان وجود الموجب له لحظة علمه بالقبول. ويستند أنصار هذا الرأى إلى أن مكان وجود وحدة الخدمة هو الذى يتم فيه تطابق الإيجاب مع القبول.

ومن جانبها فإن التشريعات العربية المعنية بالمعاملات الإلكترونية قد تبنت ذات النهج الذى أخذت به المادة ١٥ من قانون الأونسيترال. ويجرى نصى المادة ١٨ من التشريع الأردنى فى هذا الصدد على أنه " أ – تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذى يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وإذا لم يكن لأى منهما مقر عمل يعتبر مكان إقامته مقراً لعمله، ما لم يكن منشئ الرسالة والمرسَل إليه قد اتفقا على غير ذلك.

ب – إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر لأعماله فيعتبر المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسليم، وعند تعذر الترجيح يعتبر مقر العمل الرئيسى هو مكان الإرسال أو التسليم".

والجدير بالملاحظة أن التشريعات العربية سالفة الذكر قد سمحت للأطراف بتحديد مكان إرسال أو استلام الرسالة الإلكترونية المشتملة على الإيجاب والقبول. فالأحكام الواردة بهذه التشريعات ذات مكملة او مفسرة بحيث يكون مرد الأمر أصلا لإرادة الطرفين.

---

(١) **A. Bertrand et T. P. Coùdol**, Internet et la loi, op. cit., p. 183.

و لاشك ما سبق يعضد ما ننادي به بشأن ضرورة توحيد قواعد تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكترونى لمجابهة حالة عـــدم اتفــاق الأطراف على تحديدهما. و قد يستلزم سن قواعد اتفاقية دوليــة كمــا يتطلب أيضاً وجود عقود نموذجية يسترشد بها المتعاقدان عند إبرام أحد العقود الإلكترونية، وذلك حتى نضمن استقرار تلــك العقــود وعدالــة الحلول المتبعة بشأنها.

المبحث الثانى

خيارات الطرفين

المسلم به أن مجلس العقد هو وسيلة لضمان حصول المتعاقــدين على فرصة كافية للتفكير والتدبر قبل إبرام العقد وصيرورته ملزماً([1]). ولما كانت الخيارات قد شرعت لحماية رضاء المتعاقدين والحفاظ على مصالحهما. كما تقررت أيضاً لدفع الــضرر عــن كــلا العاقــدين أو أحدهما([2])، فان استكمال حمايهما تتم من خلال منح كلا منهما خيــارا يتناسب مع موقعه التعاقدي. على اعتبار أن دفع الضرر يقدم على جلب المنافع أو المصالح. على أنه يلزم التنويــه الــى أن الخيــارات التــى سنعرض لها من خلال هذا المبحث تتميز بأحكام خاصة وتستقل عــن غيرها من الخيارات الأخرى([3]) كخيار الرجوع فى التعاقد وخيار العيب

([1]) د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، العقد غير اللازم...، مرجع سابق، ص ٩٥؛ د/ محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص ١١٧؛ د/ جابر عبد الهــادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص ٤٠٣؛ د/ محمد السعيد رشدى، المرجع السابق، ص ٢٥.

([2]) د/ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص ٨٣؛ د/ وهبــة الزحيلــى، الفقه الإسلامي وأدلته، جــ ٤، ص ٢٥٠؛ د/ عبد الهادى ســالم الــشافعى، المرجع السابق، ص ٣٠٤.

([3]) لمزيد من التفاصيل حول أحكام الخيارات أنظرعلى سبيل المثــال، أ/ أحمــد إبراهيم، العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد، س ٤؛ د/ عبد الله العلفى، أحكام الخيارات فى القانون المدنى، دراسة مقارنة بالقانون المدنى المصرى، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٨٨؛ د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، العقد غير اللازم...، مرجع سابق، ص٣٨ وما بعدها؛ د/ عبــد الــستار أبو غدة، الخيارات وأثرها فى التصرفات، رسالة دكتوراه، كليــة الــشريعة والقانون، القاهرة ١٩٧٥؛ د/ عبد العزيز محمد عزام، الخيارات فــى الفقــه الإسلامى، دراسة مقارنة فى المذاهب الثمانية، دار الهــدى للطباعــة، ط ١ ، ١٩٨٣؛ د/ أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فــسخ العقــد

وخيار الشرط .... إلخ فالخيارات الأخيرة تنشأ بعد وجود العقــد خلافــا لخيار الموجب والقابل المرتبطان بمجلس العقد.

وتجدر الإشارة إلى أن الخيارات التى تنشأ عن مجلس العقد لا تعد رجوعاً فى التعاقد، لأن العقد لم يتم بعد حيث لم يتطابق الإيجاب والقبول قبل ممارسة أحد هذه الخيارات. فكل من خيار الموجب والموجب له يعد حال ممارسته عدولاً عن فكرة التعاقد أو عزوفا عن الاستمرار فى مجلس العقد ذاته. ولا شك في وضوح الفارق بين الرجوع عن العقد والعدول عن التعاقد قبل تمامه.

وعلى أية حال فإن هناك خيارات ثلاثة ترتبط بمجلس العقد؛ فتضم هذه الخيارات واحداً خاص بكل متعاقد أما الثالث فهو متاح لهما معاً. وتتمثل هذه الخيارات فى: حق الموجب فى العدول عن الإيجاب، ويتمثل الآخر فى أحقية الموجب له فى قبول الإيجاب أو رفضه، أما الخيار الثالث فهو يتمثل فى خيار المجلس الذى يتيح لكل من الطرفين العدول عن التعاقد حتى بعد تمام العقد طالما أنهما لم يغادرا مجلس العقد ولم ينتهى المجلس لأى سبب من الأسباب وهو ما أخذ به أغلب الفقه الإسلامي([1]).

المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دراســة مقارنــة، دار الجامعــة الجديــدة، الإسكندرية ٢٠٠٨، ص ١٠٨ وما بعدها.

([1]) جدير بالذكر أن الفقه الإسلامي منقسم حول هذا الخيار حيث يذهب الجمهــور لجواز ممارسة هذا الخيار، بينما يرى بعض الفقه عدم جواز الأخذ به. وعلى أية حال، فإن القانون المدنى المصرى لا يأخذ بهذا الخيار لتعارضه مع مبــدأ القوة الملزمة للعقد.

ويرفض القانون المدنى الكويتى صراحة الأخذ بهذا الخيار الأخير حيث تنص المادة ٤٧ منه على أنه " إذا ارتبط الإيجاب بالقبول لزم العقد طرفيه، ولا يكون لأى منهما عنه نكوص حتى قبل أن يتفرقا بالأبدان ".

وقد جاء هذا النص موافقا لظروف المجتمع المعاصر حيث ترتب على غياب الضمائر فى حالات كثيرة سهولة عدول المتعاقدين عن العقد الذى أبرم فعلاً طمعاً فى ربح أو رغبة فى ابتزاز الطرف الآخر للحصول منه على مكاسب إضافية. ويعنى ذلك أن حرص القوانين العربية على التأكيد على مبدأ القوة الملزمة للعقد يعد ضرورياً لاستقرار المعاملات وسد أبواب التحايل على القانون([1]).

والواقع أن هذا الأتجاه التشريعى يعد محموداً لأنه إذا كان من اللازم أن يمنح المشرع للطرفين قبل تمام العقد فرصة للتفكير والتروى فى أمر التعاقد بهدف حماية رضائهما، فإن ذلك التخل من جانبه يجب أن يتم قبل إبرام العقد أو انعقاده. فإعطاء تلك المكنة للطرفين بعد تمام التعاقد، كما فى خيار المجلس، يمثل إخلالاً بالاحترام اللازم لمبدأ القوة الملزمة للعقد. على أنه يجوز فى بعض الحالات الاستثنائية السماح للطرف الضعيف

([1]) فى نفس المعنى، د/ على حسن نجيدة، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٩٤؛ د/ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص ١٧٢؛ د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص ٤٧٧؛ د/ عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ١٦٥؛ د/ محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص ص ١٦٨ ، ١٦٩.

بالعدول عن التعاقد متى توافرت مبررات ذلك كما هو الشأن بالنسبة للمستهلك([1]).

وعلى ذلك فإننا سوف نقتصر من خلال المطلبين التاليين على بيان أحكام خيار الموجب والموجب له، وذلك على النحو التالى:

المطلب الأول : مدى حرية الموجب فى العدول عن الإيجاب.

المطلب الثاني: مدى حرية الموجب له في قبول الإيجاب أو رفضه.

المطلب الأول

مدى حرية الموجب فى العدول عن الإيجاب

لبيان ما إذا كان للموجب الرجوع عن الإيجاب بعد صدوره من عدمه، فانه يلزم أن نبين في عجالة، المقصود بالإيجاب ومقوماته. وكذلك يجب إلقاء الضوء على شروط العدول عن الإيجاب وآثار هذا العدول. ولبلوغ تلك الأهداف فإننا سنقسم هذا المطلب للفرعين التاليين :

الفرع الأول

المقصود بالإيجاب الإلكترونى ومقوماته

أولاً – التعريف بالإيجاب الإلكترونى :

يقصد بالإيجاب بصفة عامة " العرض الصادر من شخص يعبر به على وجه جازم عن إرادته فى إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به

([1]) د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، العقد غير اللازم...، مرجع سابق، ص٢٦٦.

قبول مطابق له انعقد العقد "([1]). ويمكن تعريفه أيضاً بأنه " كل تعبير نهائى، جازم، قاطع الدلالة، على اتجاه إرادة من صدر منه إلى قبول التعاقد وفقاً لشروط معينة "([2]). ويعرف **قانون المعاملات المدنية الإماراتى** الإيجاب والقبول بأنهما " كل تعبير عن الإرادة يستعمل لإنشاء العقد وما يصدر أولاً فهو إيجاب والثانى قبول "([3]).

أما **القانون المدنى الأردنى** فإنه يعرف الإيجاب والقبول بأنهما "الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد، وأى لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثانى قبول"([4]).

ومن جانبه فان القانون المدنى الكويتى([5]) يعرف الإيجاب بأنه "العرض الذى يتضمن عزم صاحبه على إبرام العقد بمجرد أن يقبله الموجب له، ويلزم أن يتضمن فى الأقل طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية".

([1]) **د/ نبيل إبراهيم سعد**، النظرية العامة للالتزام ..، مرجع سابق، ص ١١٠ والمراجع المشار إليها بهامش١؛ فى ذات المعنى **د/ عبد الودود يحيى**، المرجع السابق، ص٣١؛ **د/ عبد الناصر توفيق العطار**، المرجع السابق، ص ٤٦؛ **د/ عبد الفتاح عبد الباقى**، المرجع السابق، ص ١٢٠.

([2]) **د/ محمد حسام محمود لطفى**، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص٣١.

([3]) المادة ١٣١.

([4]) المادة ٩١.

([5]) المادة ٣٩.

أما الإيجاب الإلكترونى فإنه يعنى كل اتصال عن بعد يشتمل على كافة العناصر اللازمة بحيث ينعقد به العقد متى قبله الموجب له، ويستبعد من ذلك مجرد الإعلان الذى لا يتضمن عناصر الإيجاب([١]). كما يعرف البعض الإيجاب الإلكترونى بأنه "كل عرض جازم وبات عن بعد يتضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه " ([٢]).

ومن خلال تلك التعاريف نستخلص أن خصوصية الإيجاب الإلكترونى تكمن فى كونه يتم من خلال وسيلة إلكترونية وذلك عن بعد. بحيث تتيح هذه الوسيلة للموجب استخدام وسيلة سمعية بصرية وفقاً لطبيعة العقد([٣]). وتتمثل هذه الوسيلة حالياً فى تقنية الصور ثلاثية الأبعاد 3D فى مجال عقد البيع بحسبانه أهم العقود المدنية وأكثرها شيوعاً([٤]).

([١]) يتبنى هذا التعريف التوجيه الأوروبى الخاص بحماية المستهلك فى التعاقد عن بعد حيث يعرف هذا التوجيه الإيجاب بأنه :

"Toute communication à distance comportant tous les éléments nécessaire pour que son destinatiaire puisse souscrire directement un engagement contractual, la simple publicité étant exclue".

([٢]) د/ محمد المرسى زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٣٨.

([٣]) الزميل الفاضل د/ أسامه أحمد بدر، حماية المستهلك فى التعاقد الإلكترونى، مرجع سابق، ص١٧٨.

([٤]) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط فى قانون المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٢٠١.

ويمكن التعبير عن الإيجاب الإلكتروني من خلال البريد الإلكتروني أو من خلال الموقع الإلكتروني للموجب. كما يمكن أن يتم أيضاً من خلال صفحات الويب المتاحة([1]). ولا شك أن الوسيلة الإلكترونية التي يتم من خلالها التعبير عن الإيجاب الإلكتروني من شأنها أن تجعل منه إيجاباً غير موجه لأشخاص معينين أو بمعنى آخر من شأن ذلك أن يجعل من الإيجاب الإلكتروني إيجاباً موجهاً للكافة([2]).

ثانياً: مقومات الإيجاب الإلكتروني :

من خلال التعاريف السابقة يمكننا استخلاص مقومات الإيجاب أو عناصر والتي تتمثل في ضرورة كونه باتاً. ويعني ذلك أن يكون جازماً في دلالته على رغبة الموجب في التعاقد. وعلى ذلك فإن مجرد الدعوة للتعاقد أو التعبير الذي يقصد به صاحبه التعرف على رأي الطرف الآخر لا يعد إيجاباً، ومن ثم لا ينعقد به العقد([3]).

([1]) **د/ هادي مسلم يونس البشكاني**، المرجع السابق، ص ١٩٣ وما بعدها؛ **د/ ايمان مأمون أحمد سليمان**، المرجع السابق، ص ١٠٥؛ **د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل**، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية..، مرجع سابق، ص ٨٧ وما بعدها؛ **د/ سمير حامد الجمال**، المرجع السابق، ص١٠٢؛ **د/ محمد حسين منصور**، المسئولية الالكترونية، المرجع السابق، ص ٦٧؛ **د/ شحاته غريب شلقامي**، المرجع السابق، ص ١٥٥؛ **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص ٢٤٩؛ **د/ أحمد شرف الدين**، المرجع السابق، ص ٥٨ وما بعدها.

([2]) **P. Catala**, Commerce électronique et avenir des circuits de distribution.: Gaz. Pal., 1998, p.9.

([3]) **د/ نبيل إبراهيم سعد**، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق، ص ١١٠؛ **د/أحمد شرف الدين**، قواعد تكوين العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص٦٠ وما بعدها.

ولا ينفى كون التعبير عن الإرادة يمثل إيجاباً تعليقه على شرط معين كعدم نفاذ الكمية خاصة وأن الإيجاب قد يكون موجهاً للكافة وعلى مستوى العالم بأكمله.

ولا يكفى أن يكون الإيجاب باتاً بل يجب فضلا عن ذلك أن يكون كاملاً بحيث يشتمل على كافة البيانات والعناصر اللازمة لإبرام العقد. والواقع أن توافر هذه البيانات يعد أمراً منطقياً إذ يتم العقد بتطابق الإيجاب والقبول، ومن ثم وجب أن يكون الإيجاب كاملاً ومتضمناً للعناصر الأساسية للعقد الإلكترونى المراد إبرامه. فبغير ذلك لا يكون الإيجاب صالحاً لأن ينعقد به العقد متى قبل الموجب له.

ولا يعنى ذلك أن الإيجاب الإلكترونى يجب أن يشتمل على كافة بيانات أو عناصر العقد الإلكترونى المراد إبرامه. وبيان ذلك أن عدم اشتمال الإيجاب على المسائل التفصيلية أو الثانوية لا يحول، فى الأصل، دون انعقاد العقد[1].

---

(1) جدير بالذكر أن المادة ٩٥ من القانون المدنى المصرى تنص فى هذا الصدد على أنه "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

فى ذات المعنى، المادة ١٤١ إماراتى، قارن المادة ٢٠ من قانون الالتزامات والعقود المغربى التى تنص على أنه " لا يكون العقد تاماً إذا احتفظ المتعاقدان

ثالثاً : حكمة منح الموجب الحق فى الرجوع عن الإيجاب :

القاعدة أن العقد لا ينعقد إلا بتطابق الإيجاب والقبول ووصول هذا الأخير لعلم الموجب. وعلى ذلك فإنه يجوز للموجب، متى توافرت شروط معينة، أن يعدل عن الإيجاب إذا تبين له بعد التفكير والتروى أن التعاقد وفقاً للإيجاب الصادر عنه سيلحق به ضرراً. وقد عرفت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية هذا لحق أو الخيار. وفى هذا الصدد نجد أن اتفاقية فينا بشأن البيع الدولى للبضائع قد ميزت بين العدول عن الإيجاب وقبل وصوله لعلم الموجب له وأطلقت عليه اصطلاح " سحب الإيجاب "، بينما تطلق الاتفاقية على عدول الموجب عن الإيجاب عد اتصاله بعلم الموجب له وقبل القبول، اصطلاح "الرجوع عن الإيجاب".

ومن جانبه، فإن قانون الالتزامات والعقود المغربى قد أقر بحق الموجب فى الرجوع فى الإيجاب وقد جرى نص الفصل ٢٦ من هذا القانون على أنه "يجوز الرجوع فى الإيجاب ما دام العقد لم يتم بالقبول أو الشروع فى تنفيذه من الطرف الآخر ".

وفى ذات السياق تنص المادة ١٣٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى على أن "المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس

صراحة بشروط معينة لكى تكون موضوعاً لاتفاق لاحق، وما وقع عليه الاتفاق من شرط أو شروط والحالة هذه لا يترتب عليها التزام ولو حررت مقدمات الاتفاق كتابة".

ويبطل الإيجاب إذا رجع الموجب عنه بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قبول أو فعل يدل على الإعراض ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك".

فخيار الموجب إذا هو الرجوع فى الإيجاب البات الذى اتصل بعلم المتعاقد الآخر ولم يلحقه قبول بعد([1]).

ويمكن تبرير هذا الخيار على أساس أن الإيجاب هو تعبير عن الإرادة المنفردة للموجب والأصل أن هذا التصرف لا يلزم صاحبه، إذ يحق له العدول عنه طالما أن ذلك لم يمثل اعتداءً على حقوق الآخرين([2]).

والواقع أن خيار الموجب لا يجب أن يؤسس على ذلك. فالأصل أن الإيجاب ملزماً للموجب ولا يجوز له العدول عنه إلا بمبرر مقبول. وقد يكون اعتبار الإيجاب غير ملزم فى بعض الحالات راجعاً لتمتع الموجب بخيار العدول وليس العكس.

وواقع الحال أن **حكمة تقرير خيار الموجب** تتمثل فى حاجته لفرصة للتروى قبل إتمام التعاقد بما يدفع عنه الضرر ويجلب له

([1]) د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص ٣٠٩؛ د/ أسامه عبد السميع الشيخ، المرجع السابق، ص ٢٩٤.

([2]) د/ عبد الله العلفى، المرجع السابق، ص ١٦٢؛ د/ عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص ٧٠. د/ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص ٨٩.

المصلحة. وفضلاً عن ذلك فإن ظروف التعاقد قد تتغير في الفترة اللاحقة على صدور الإيجاب وقبل صدور القبول. فعندئذ يكون من العدل السماح للموجب بالعدول عن إيجابه. ويعد هذا الرجوع أيضا استجابة للتطورات أو المتغيرات الحديثة.

و يتفق هذا التفسير يتفق مع علة وجود فكرة العقد أصلاً. "فالعقود شرعت لتحقيق حاجات الناس ومطالبهم ومصالحهم ودفع المشقة والضرر عنهم"([1]). ويبرر البعض هذا الخيار واستناداً للاعتبارات السياسية والاقتصادية كتغير الأسعار المفاجئ فور صدور الإيجاب مما يؤدى للإجحاف بحقوق الموجب اذا أجبر على اتمام العقد. ففي مثل هذه الحالة تأبى العدالة إجبار الموجب على البقاء على إيجابه حيث أنه صدر فى ظروف مختلفة، فضلاً عن أن القبول لم يصدر ويقترن به بعد. ومن الاعتبارات السياسية التى تؤخذ فى الاعتبار أيضاً، نشوب حرب بين دولة الموجب والموجب له أو قطع علاقتهما مما يترتب عليه صعوبة بل استحالة تنفيذ العقد. ففى مثل هذا الفرض يكون من الأجدى للموجب الرجوع فى إيجابه([2]).

ومما سبق يتضح أن الموجب يتمتع بخيار الرجوع فى الإيجاب سواء كنا بصدد مجلس العقد الحقيقي كما فى التعاقد التقليدى أو مجلس العقد الإلكترونى.

([1]) د/جابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

([2]) راجع فى ذلك د/جابر سالم عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص ص ٣٢٦ ، ٣٢٧.

وعلى ذلك فانه إذا انقطع الاتصال بين الموجب والموجب له عبر الإنترنت أو البريد الإلكترونى قبل صدور القبول ووصول العلم الموجب، فإن لهذا الأخير أن يرجع فى إيجابه متى توافرت الشروط اللازمة لذلك[1].

الفرع الثانى

مفهوم خيار العدول وشروطه

أولاً – تعريف خيار الموجب :

يقصد بخيار العدول عن الإيجاب أو الرجوع فيه ذلك الخيار الذى "يتيح لمن صدر الإيجاب منه فى مجلس العقد الرجوع عن إيجابه الذى اتصل بعلم من وجه إليه، أو البقاء على الإيجاب دون رجوع لو أراد"[2].

كما يعرف البعض هذا الخيار أيضاً بأنه عدول الموجب عن إيجابه المتضمن رغبته البائنة فى إبرام العقد[3]. ويستفاد من هذا

([1]) د/ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص ٩٣؛ د/ أسامه عبد السميع الشيخ، المرجع السابق، ص .

([2]) د/ محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص ١١٨.

([3]) د/ عبد الله العلفى، المرجع السابق، ص ١٦١.

التعريف أن خيار الموجب هو إرادة مضادة لما تضمنه الإيجاب الذى استجمع كافة مقوماته وشرائطه ([1]).

ويذهب البعض أيضاً إلى أن خيار الموجب هو الرجوع عن الإيجاب الذى اتصل بعلم من وجه إليه ولكنه لم يقترن به قبول([2]). ومفاد هذا التعريف أنه يجب لثبوت هذا الخيار أن يكون الإيجاب قد وصل لعلم الموجب له. أما فى حالة وصول الإيجاب لعلم من وجه إليه فإننا نكون بصدد سحب الإيجاب وليس العدول عنه([3]).

ثانياً – شروط خيار العدول عن الإيجاب :

لا شك أن الاعتراف للموجب بهذا الخيار لا يعنى أن نفتح له الباب على مصراعيه للنكوص عن تعهداته أو الرجوع فى اتفاقاته بلا قيد أو شرط. ويعنى ذلك أن هذا الخيار هو محض استثناء على الأصل، ومن ثم يجب عدم التوسع فى إقراره للموجب. وعلى أية حال، فإنه يلزم لاستفادة الموجب من هذا الخيار توافر الشروط التالية :

([1]) د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص ٣٠٧؛ د/ عبد الله العلفى، المرجع السابق، ص ١٦١.

([2]) د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص ٣٠٧.

([3]) د/ حسام الدين كامل الأهوانى، المفاوضات فى الفترة قبل التعاقدية ...، مرجع سابق، ص ١٤؛ د/ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٠٩؛ د/إسماعيل عبد النبى شاهين، النظرية العامة للالتزامات ...، المرجع السابق، ص ٧٧، هامش ١.

الشرط الأول : ألا يكون الإيجاب قد اقترن به القبول:

يقصد بهذا الشرط ألا يكون الإيجاب ملزماً أو مقترناً بمدة معينة. إذ لا يجوز للموجب الرجوع فى إيجابه فى هذا الحالة. وفى حالة التعاقد الإلكترونى باعتباره تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان خاصة فى حالة التعاقد عبر الويب أو على الخط المباشر، فإن الموجب يستطيع الرجوع فى إيجابه قبل صدور القبول ما لم يكن قد ألزم نفسه بالبقاء على الإيجاب لفترة من الزمن([1]). ويستفاد من هذا الشرط من نص المادة ١/٩٣ من القانون المدنى المصرى([2]) والتى يجرى نصها على

([1]) د/ **إسماعيل عبد النبى شاهين**، النظرية العامة للالتزامات...، مرجع سابق، ص ٧٧؛ د/ **حمدى عبد الرحمن**، الوسيط ...، مرجع سابق، ص ١٩١؛ د/**أسامه عبد السميع الشيخ**، المرجع السابق، ص ٢٩٧.

([2]) فى نفس المعنى المادة ١٣٩ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، الفصلين ٢٩، ٣٠ من **قانون الالتزامات والعقود المغربى**. ويجرى نص الفصل ٢٩ من هذا القانون على أن "من تقدم بإيجاب بعد تحديد أجل للقبول بقى ملتزماً تجاه الطرف الآخر إلى انصرام هذا الأجل، ويتحلل من إيجابه إذا لم يصله رد بالقبول خلال الأجل المحدد". أما الفصل ٣٠ فإنه ينص على أن "من تقدم بإيجابه عن طريق المراسلة من غير أن يحدد أجلاً بقى ملتزماً به إلى الوقت المناسب لوصول رد لمرسل إليه داخل أجل معقول، ما لم يظهر بوضوح من الإيجاب عكس ذلك.

وإذا صدر التصريح بالقبول فى الوقت المناسب ولكنه لم يصل إلى الموجب إلا بعد انصرام الأجل الذى يكفى عادة لوصوله إليه، فإن الموجب لا يكون ملتزماً مع حفظ حق الطرف الآخر فى طلب التعويض من المسئول قانوناً".

أنه " ١- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد.

٢- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة".

وجدير بالذكر أنه فى حالة كون الإيجاب ملزماً بسبب اقترانه بمدة محددة صراحة أو ضمناً، ثم انقضت هذه المدة دون أن يقترن به القبول، فإن الإيجاب يسقط فى هذه الحالة حتى ولو لم يرجع فيه الموجب. كما يسقط الإيجاب فى هذه الحالة أيضاً إذا رفض الموجب له القبول خلال المدة التى يكون خلالها ملزماً([1]).

ويستفاد مما سبق أن انقضاء المهلة المحددة للقبول دون أن يقترن به قبول، فإن الإيجاب " لا يصبح غير لازم فحسب بعد أن فقد ما توافر له من الالتزام، بل يسقط سقوطاً تاماً. وهذا هو التفسير المعقول لنية

ومن جانبها، فإن المادة ٦٣ من القانون المدنى الجزائرى تنص على أن "إذا عين أل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة". وتنص المادة ٩٨ من القانون المدنى الأردنى أيضاً على أنه "إذا عين ميعاد للقبول التزام الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد". راجع أيضاً المادة ٩٤ من القانون المدنى السورى.

([1]) لمزيد من التفاصيل حول أسباب سقوط الإيجاب، راجع د/ إسماعيل عبد النبى شاهين، المرجع السابق، ص ٧٨ وما بعدها؛ د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ١١٧ وما بعدها؛ د/ محمد حسام محمود لطفى، النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق، ص٣٩؛ د/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ص ١٠٣-١٠٤.

الموجب، فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً إلا خلال المدة المحددة ما دام قد لجأ إلى التحديد، هذا ما لم يتبين العكس، بأن بانت نية الموجب في أن يظل إيجابه قائماً بعد انقضاء المهلة زوال قوته الملزمة، فيظل الإيجاب قائماً غير ملزم أخذاً بما قصده"([1]).

ومن جانبه فإن **القانون المدنى الفرنسى**([2]) متأثر بالمادة ١/٩ من التوجيه الأوروبى الخاص بالتجارة الإلكترونية، يقرر أن المهنى أو الموجب يظل ملزماً بإيجابه الذى يتيحه عبر الإنترنت طالما أنه يسمح لمن وجه إليهم الإيجاب بالاطلاع عليه([3]).

ويتم **الرجوع فى الإيجاب الالكترونى** من خلال سحبه من موقع عرضه على الإنترنت أو إرسال رسالة أخرى على البريد الإلكترونى للموجب له تفيد العدول.

---

(1) د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ١١٧، ١١٨.

(2) راجع المادة L.1369-4-1 والتى تنص على أنه:
"Quiconque propose, à titre professional, par voie éléctronique, la fourniture de bien ou la prestation de services met à disposition les conditions contractuelle applicables d'une manière qui permettre leur conservation et leur reproduction. Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie éléctronique de son fait".

(3) لمزيد من التفصيل راجع، د/ سامح عبد الواحد التهامى، المرجع السابق، ص١٤٤ وما بعدها.

الشرط الثانى : علم الموجب له بالرجوع فى الإيجاب :

لكى يرتب خيار الموجب أثره القانونى، فإنه يلزم حال ممارسته إحاطة الموجب علماً بقرار الموجب. ويستفاد هذا الشرط من نص المادة ٩١ من **القانون المدنى المصرى**([1]) والتى تنص على أنه "ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك". ولما كان العدول عن الإيجاب تعبيرُ عن الإرادة، فإنه لا يرتب آثاره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه قبل أن يكون القبول ذاته قد وصل إلى علم الموجب.

ومفاد ذلك أن خيار الموجب يندرج ضمن الخيارات المؤقتة التى يلزم مباشرتها خلال مدة محددة حتى تنتج أثرها وتحقق هدفها([2])، ولضمان استقرار المعاملات فى إطار التعاقد الإلكترونى، فإن البعض يرى أنه يلزم أن نفرض على الموجب أن يحدد بدقة الوقت اللازم لصدور القبول، أى الوقت الذى يظل خلاله الإيجاب ملزماً للموجب([3]).

([1]) راجع أيضاً المادة ٦١ من **القانون المدنى الجزائرى** التى تنص على أنه " ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

([2]) د/ **جابر عبد الهادى سالم الشافعى**، المرجع السابق، ص٣٢٢؛ د/ **أسامه عبد السميع الشيخ**، المرجع السابق، ص ٢٩.

([3]) د/ **أسامه أحمد بدر**، حماية المستهلك فى التعاقد الإلكترونى، مرجع سابق، ص١٧٣؛ د/ **أسامه عبد السميع الشيخ**، المرجع السابق، ص٢٩٧؛ د/ **خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص٢٥١.

والواقع أن هذا الخيار لا يثير صعوبات فى حال مجلس العقد الحقيقى والذى يجمع المتعاقدين فعلياً فى مكان واحد. فوصول التعبير عن العدول عن الإيجاب لعلم الموجب له يكون أمراً ميسوراً ومباشراً. على أن الصعوبة تدق بشأن علم الموجب له بالرجوع فى حالة التعاقد بين غائبين كما فى حالة التعاقد الإلكترونى. ولعل هذا هو ما دفع البعض لعدم اشتراط علم الموجب له بالعدول.

وتجدر الإشارة الى أن هذا الشرط يتفق مع القواعد العامة فى القانون، فالمعلوم أن اقتران الإيجاب بالقبول يؤدى لانعقاد العقد، ومن ثم لانقضاء مجلس العقد. وعلى ذلك فإذا أراد الموجب الرجوع فى الإيجاب، فإن ذلك لا يكون له محل إذ لا يبقى أمامه إلا الفسخ أو البطلان إن كان لأيهما مقتضى([1]).

وحرى بالبيان أن نطاق خيار الموجب فى الفقه الإسلامى أوسع منه فى مجال القانون المدنى. فيجوز وفقاً للأول أن يمارس الموجب خياره فى العدول سواء كان الإيجاب قد اقترن بقبول مطابق من عدمه، سواء كنا بصدد مجلس العقد الحقيقى أو الحكمى. أما القانون المدنى فإنه لا يسمح للموجب بممارسة هذا الخيار إلا إذا كان القبول لم يقترن بالإيجاب الذى يرغب الموجب فى الرجوع فيه([2]). على أنه يجب – فى

([1]) د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام فى القانون المصرى والإنجليزي، مرجع سابق، ص ٩٤؛ د/ عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص ٣٣؛ د/ عبد الله العلفى، المرجع السابق، ص ١٦٣.

([2]) د/ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص ٩٦؛ د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعي، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

نظرنا – عدم الخلط بين خيار الموجب وخيار المجلس، حيث أن الرجوع بعد اقتران الإيجاب بالقبول يعد تطبيقاً لخيار المجلس وليس لخيار الموجب.

ثالثاً – النطاق الشخصى لخيار الموجب :

إذا توافرت شروط خيار الموجب، فإن من حق هذا الأخير أن يستفيد منه، على أن التساؤل الذى يطرح نفسه هو هل ينتقل خيار الموجب للغير من عدمه. والواقع أن الفقه قد انقسم فى هذا الشأن إلى عدة اتجاهات، سنعرض لها بإيجاز على النحو التالى :

الاتجاه الأول: اقتصار خيار العدول على شخص الموجب:

يذهب أنصار هذا الاتجاه([1]) إلى أن الموجب فقط هو الذى يتمتع بحق الرجوع فى الإيجاب متى توافرت شروط ذلك. ويعنى ذلك أن هذا الخيار لا ينتقل إلى الغير. ومن ثم فإنه إذا توفى الموجب أو فقد أهليته بعد صدور الإيجاب وقبل علمه بالقبول، فإنه لا يجوز لغيره([2]) ممارسة هذا الخيار.

([1]) أنظر على سبيل المثال، د/**أنور سلطان**، المرجع السابق، ص ٧٦؛ د/ **عبد الرزاق السنهورى**، الوسيط ...، مرجع سابق، ص ١٨٨؛ د/ **عبد الفتاح عبد الباقى**، المرجع السابق، ص١٣٨ وما بعدها.

([2]) جدير بالذكر أننا نقصد بالغير هنا أى شخص خلاف الموجب سواء كان هذا الشخص من الخلف العام أو الخاص، أو كان ممثلاً قانونياً للموجب.

ويؤسس هذا الجانب رأيه على أن وفاة الموجب أو فقد أهليته يُعد مانعاً من وصول القبول لعلمه. ولما كان العقد لا ينعقد إلا بعلم الموجب بالقبول، فإن وفاة الموجب أو فقد أهليته يؤدى لعدم إمكان انعقاد العقد، ومن ثم لا نكون بحاجة للجوء للعدول عن الإيجاب أو الرجوع فيه من جانب الغير.

وعلى ذلك فإنه لا حاجة للقول بانتقال خيار الموجب للغير[١]. ويبرر الفقه الإسلامى عدم انتقال خيار الموجب للغير فى هذه الحالة لسقوط الإيجاب، وهو يعنى أنه لا يكون هناك محل للرجوع عنه. وبجانب ذلك فإن وفاة الموجب أو فقده لأهليته يؤدى لانقضاء مجلس العقد ومن ثم زوال خياراته ومنها خيار الموجب[٢].

الاتجاه الثانى – انتقال خيار الموجب للغير :

خلافاً للاتجاه السابق، يرى بعض الفقه[٣] أن خيار الموجب ينتقل إلى الغير فى حالة وفاة الموجب أو فقده لأهليته ما لم تكن طبيعة العقد

---

(١) د/ عبد الله العلفى، المرجع السابق، ص ص ١٦٥ ، ١٦٦.

(٢) راجع فى ذلك على سبيل المثال د/جابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص ص ٣٦٧،٣٦٨؛ د/ أحمد ذكى عويس، المرجع السابق، ص ٨٥؛ د/ محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ١٦٦؛ د/ أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص ١٥٥.

(٣) أنظر على سبيل المثال د/ أحمد سلامه، المرجع السابق، ص ٩٣؛ د/ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٢٠٣؛ د/ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٣٠.

أو اتفاق الطرفان يحول دون ذلك. ويؤسس هذا الفقه رأيه على أنـــه إذا كانت وفاة الموجب أو فقد أهليته يترتب عليهما عــدم علــم الموجــب بالقبول، فإن الغير يحل محل الموجب فى العلم به. ويضيف أنصار هذا الرأى أن القاعدة المستقرة هي أن التعبير عــن الإرادة ينفــصل عــن صاحبه بمجرد صدوره عنه. وعلى ذلك فإن وفاة الموجب أو فقد أهليته لا يحولان دون استكمال آثار هذا التعبير (الإيجاب) فى مواجهــة مــن يحل محل الموجب.

وخلاصة ذلك أنه لا يوجد ما يمنع من انتقال خيار الموجب للغير متى توافرت الشروط اللازمة لذلك([1]).

ويستند أنصار هذا الرأى أيضاً لنص المــادة ٩٢ مــن القــانون المدنى المصرى والتى تنص على أنه " إذا مات من صدر عنه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل".

وفى ذات السياق أيضاً ينص الفصل ٣١ من قانون الالتزامــات والعقود المغربى على أن " موت الموجب أو نقص أهليته، إذا طرأ بعد

([1]) د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعي، المرجع الـسابق، ص ٢٦٨؛ د/ أســامه عبد السميع الشيخ، المرجع السابق، ص ٢٩٦.

إرسال إيجابه لا يحول دون إتمام العقد إذا كان من وجه إليه الإيجاب قد قبله قبل علمه بموت الموجب أو بفقد أهليته"([١]).

ويؤسس بعض أنصار هذا الاتجاه **انتقال خيار الموجب للغير** على فكرة "وقف مجلس العقد". ويقصد بذلك أنه بوفاة الموجب أو فقده لأهليته يتعطل سريان مجلس العقد لمدة معينة بسبب هذا السبب الطارئ. ويستأنف مجلس العقد سريانه فور زوال هذا السبب الذى لا يؤدى لانقضاء مجلس العقد بل لمجرد وقفه لحين زوال السبب. وعلى ذلك فإن وفاة الموجب أو فقد أهليته لا يحولان دون ترتيب المجلس لآثاره فى مواجهة الغير، ومن ثم يكون انتقال خيار الموجب إليه أمراً مقبولاً ومبرراً ([٢]).

ويضيف أنصار هذا الرأى أيضاً أن الإيجاب كتعبير عن الإرادة ينتقل للغير (للوارث أو النائب) بالحالة التى كان عليها لحظة وفاة الموجب أو فقد أهليته؛ وطالما أن هذا الأخير كان يمكنه فى هذه اللحظة العدول عن الإيجاب، فإن هذا الحق فى العدول ينتقل إلى الغير([٣]).

([١]) فى ذات المعنى المادة ٦٢ من القانون المدنى الجزائرى التى يتطابق نصها مع نص المادة ٩٢ من القانون المدنى المصرى.

([٢]) لمزيد من التفصيل د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص٣٧١.

([٣]) **د/ عبد الله العلفى، المرجع السابق، ص ص ١٧٢ ، ١٧٣؛ د/ محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص ١٠٩.**

الاتجاه الثالث : التمييز بين مجلس العقد الحقيقى والحكمى:

إلى جانب الاتجاهين سالفى البيان فإن هناك اتجاها فى الفقـه([1]) يرى أنه يجب من أجل الإجابة على التساؤل الخاص بمدى انتقال خيار الموجب للغير أن نفرق بين الفرضين التاليين :

الفرض الأول : أن يكون التعاقد قد تم من خلال مجلس العقد الحقيقى:

وعندئذ ينتقل خيار الموجب للغير متى كان حاضراً بهذا المجلس. ففى هذه الحالة ينتقل الإيجاب للغير مقترناً بالخيار ما لم تقضى طبيعـة العقد أو يقرر الطرفان غير ذلك. وبمفهوم المخالفة، فإن خيار الموجب لا ينتقل للغير الذى لم يحضر مجلس العقد الحقيقـى حيـث ينقـضى المجلس بوفاة الموجب أو فقد أهليته.

الفرض الثانى : أن يكون التعاقد من خلال مجلس العقد الحكمى :

وفى هذا الفرض فإن التعبير عن الإيجاب ينفصل عن الموجـب فور صدوره ومن ثم يجوز انتقال خيار الرجوع فى الإيجاب للغير متى توافرت شروطه. والواقع أن هذا الحل لا يلحق ضرراً بالموجـب لـه حيث يفترض أن الموجب لو بقى حياً أو كامل الأهلية كـان سـيمارس هذا الخيار.

وفضلاً عن ذلك فإنه فى العقود التى تقوم على الاعتبار الشخصى لا يكون للإيجاب جدوى حيث يترتب على وفاة الموجب أو فقد أهليتـه

([1]) د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص ٣٦٩ وما بعدها.

سقوط الإيجاب أو على الأقل رفضه من جانب الموجب له. ومن ثم فإن القول بانتقال خيار الموجب للغير لن يضير الموجب له فى شئ إذ أنه هو شخصياً سوف يمارس خياره في قبول الإيجاب أو رفضه.

رابعاً – آثار ممارسة خيار الموجب :

يترتب على ممارسة الموجب لخياره في الرجوع في الإيجاب سقوط هذا الأخير، وهو ما يحول دون انعقاد العقد، إذ سيرد القبول بعد سقوط الإيجاب، وعندئذ سيُعد ذلك القبول بمثابة إيجاب جديد لا يكفي لتمام العقد([1]). وإذا التزام الموجب بالشروط القانونية اللازمة لممارسة خياره ولم يرتكب ثمة فعل مما يُعد تعسفاً فى استعمال حقه فى العدول، فإنه لا يجوز الرجوع عليه بالتعويض حتى ولو ترتب على عدوله عن الإيجاب أو رجوعه فيه ضرراً للطرف الآخر. وبعبارة أخرى، فإنه إذا تعسف الموجب فى استعمال خياره بحيث ترتب على ذلك ضرراً لحق بالموجب له جاز لهذا الأخير المطالبة بالتعويض استناداً لأحكام المسئولية المدنية([2]) أو التعسف فى استعمال الحق.

([1]) د/ عبد الله العلفى، المرجع السابق، ص ١٦١؛ د/ عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، مرجع سابق، ص ٢١٣؛ د/ إسماعيل عبد النبى شاهين، المرجع السابق، ص ٧٩؛ د/ محمد حسام محمود لطفى، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٣.
د/ عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص ٣٧؛ د/ سامح عبد الواحد التهامى، المرجع السابق، ص ١٦٥؛ د/ جلال العدوى، المرجع السابق، ص ص ١١١، ١١٢.

([2]) د/ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٩٠.

المبحث الثالث

مدى حرية الموجب له

فى قبول الإيجاب أو رفضه

لا شك أن بيان أحكام خيار الموجب له فـى قبـول الإيجـاب أو رفضه يقتضى بداءة التعريف بالقبول وبيان مقوماته وخصوصيته فـى مجال التعاقد الإلكترونى. كما يستلزم أيضاً بيان مفهوم خيـار القبـول وشروط مباشرته، وكذلك تحديد نطاقه الشخـصى وآثـار مباشـرته، وسنحاول من خلال المطلبين التاليين بيان تلك المحاور.

المطلب الأول: مفهوم خيار القبول وحكمته

المطلب الثاني: شروط مباشرة خيار القبول

المطلب الأول

مفهوم خيار القبول وحكمته

وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة فإنه يكون لكل شخص أن يقرر الارتباط بموجب أحد العقود من عدمه. وعلى هذا فإنه فى حالة وجود الإيجـاب فإنه ينشأ للموجب له خيار قبول ذلك الإيجاب أو رفـضه([1]). ويتمثـل خيار الموجب له فى التعبير الأول عن إرادته أثناء مجلس العقد الحقيقى

([1]) **د/ محمد نجيب عوضين**، المرجع السابق، ص ١٣٤؛ **د/ جابر عبد الهـادى سالم الشافعى**، المرجع السابق، ص ٣٩١.

أو الحكمى فى الفترة اللاحقة على صدور الإيجاب والسابقة على انقضاء هذا المجلس. وسوف نحاول فيما يلى تعريف القبول وبيان المقصود بخيار الموجب له وحكمة تقريره. ثم نعقب ذلك ببيان شروط هذا الخيار ونطاقه وآثار ممارسته.

الفرع الأول

المقصود بخيار القبول وحكمته

لا يتسنى بيان المقصود بخيار القبول قبل تعريف القبول ذاته وبيان مقوماته التى تجعله صالحاً لإتمام التعاقد. وعلى ذلك فإن هذا الفرع ينقسم على النحو التالى:

أولاً – تعريف القبول ومقوماته :

١ – المقصود بالقبول :

يقصد بالقبول بصفة عامة ذلك التعبير اللاحق على الإيجاب والذى يصدر ممن وجه إليه هذا الإيجاب متضمناً إرادة مطابقة لإرادة الموجب والتى تفيد رضاء صاحبها بالعقد المعروض من جانب الموجب وفقاً للشروط التى حددها هذا الأخير[1].

---

[1] فى ذات المعنى **د/ جميل الشرقاوى**، المرجع السابق، ص ٢٧٨؛ **د/ نبيل إبراهيم سعد**، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص١١٨؛ **د/ محمد حسام محمود لطفى**، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص٣٣. حيث يعرف سيادته القبول بأنه "كل تعبير بات مطابق للإيجاب مطابقة تامة، قاطع الدلالة على اتجاه إرادة من صدر منه إبرام العقد".

ويعرف البعض القبول عامة بأنه " تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب يقيد موافقته على الإيجاب، وهذا القبول يؤدى إلى انعقاد العقد متى وصل إلى علم الموجب وكان الإيجاب لا يزال قائماً"(١).

والواقع أن القبول الإلكترونى لا يختلف فى مضمونه عن المفهوم السابق(٢)، كل ما فى الأمر أن التعبير عنه يتم من خلال وسيط إلكترونى. كما أنه نظراً لكون العقد الإلكترونى يتسم بالطابع الدولى ويتم إبرامه عن بعد فإنه يلزم اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الموجب له، لذلك يلزم تأكيد القبول الإلكترونى وجعله يصدر على مرحلتين(٣) للتيقن من صدوره عن إرادة واعية ورغبة فعلاً فى إبرام العقد(٤).

---

(١) د/ **إسماعيل عبد النبى شاهين**، المرجع السابق، ص ٨٠؛ د/ **عبد الودود يحيى**، المرجع السابق، ص ٣٧.

(٢) د/ **محمد المرسى زهرة**، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٤٣؛ د/ **محمد حسين منصور**، المسئولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٦٩؛ د/ **ايمان مأمون أحمد سليمان**، المرجع السابق، ص ١٥٩وما بعدها؛ د/**أحمد شرف الدين**، المرجع السابق، ص ٧٣ وما بعدها..

(٣) راجع فى ذلك المادة ٦ من العقد النموذجى الفرنسى للتجارة الإلكترونية والتى تقرر أن :

"Le contrat sera conclu définitivement entre les deux parties lorsque le consommateur aura matériellement réitére l'acceptation du contrat par le procédé du double clic".

وانظر أيضاً الفقرة الثانيّة من المادة L.1369-2 من القانون المدنى الفرنسى والتى تنص على أن:

" ... L'auteur de l'offree doit accuser réception sans délai injustifié et par voie éléctronique de la commainde qui lui a été ainsi addressee".

(٤) د/ **محمد المرسى زهرة**، المرجع السابق، ص ص ٤٥، ٤٦؛ د/ **محمد حسين منصور**، المسئولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص٦٧؛ د/ **شحاته غريب شلقامى**، المرجع السابق، ص١٥٦؛ د/ **إبراهيم الدسوقى أبو الليل**، الجوانب

أما من حيث الصور التى يمكن أن يتخذها القبول فى إطار التعاقد الإلكترونى، فإنه يمكن أن يتم بشكل مباشر عبر الإنترنـت ن خـلال التفاعل المباشر. ويتم القبول عندئذ شفاهة بين المتعاقدين أثنـاء قيـام مجلس العقد الحكمى. ويتم التعبير عن الإرادة فى هذه الحالة باسـتخدام الكاميرا الرقمية التى تمكن كلاً منهما من رؤية وسماع الآخر فـى ذات الوقت([1]).

ويمكن أن يتم التعبير عن القبول من خلال البريد الإلكترونى من خلال الرسائل الإلكترونية التى يرسلها الموجب للقابل بما يفيد رغبتـه الجازمة فى إبرام العقد المقترح.وقد يتم التعبير عن القبول أيـضاً مـن خلال صفحات الويب أو الموقع الإلكترونى للموجب له وعندئذ يجب أن يتم القبول على مرحلتين Double clic حمايـة لمـن يـصدر عنـه القبول([2]).

القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سـابق، ص ٩٣، ص ٩٦؛ د/ أحمـد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص٧٢؛ د/أسامه أبو الحسن مجاهد، الوسيط فى قانون المعاملات الإلكترونية، مرجع سـابق، ص ٢٢٠ وما بعدها، والمراجع المشار إليها بهامش ص ٢٢١.

وراجع أيضاً فى الفقه الفرنسى على سبيل المثال :

J. Huet, Le code civil et les contrats électroniques.., précit., pp. 17-18; **A. Bensoussan**, Commerce éléctronique et avenir des circuits de distribution: Gaz. Pal. 1998, p.15; **M. I. Cahen**, Le consentement sur internet, précit.

([1]) د/ سامح عبد الواحد التهامى، المرجع السابق، ص ١٧٥.

([2]) د/ سامح عبد الواحد التهـامى، المرجع السابق، ص ١٧٦، والمراجع المشار إليها بهامش ١.

ويذهب جانب من الفقه الفرنسى[١] إلى أن المشرع يستلزم شكلية معينة وهى القبول على مرحلتين حال إبرام العقد الإلكترونى عبر صفحات الويب، خاصة فيما يخص التعبير عن القبول. ويرتب هذا الفقه على عدم احترام تلك الشكلية بطلان العقد بطلاناً مطلقاً. على أننا لا نؤيد ما انتهى إليه هذا الرأى؛ فالمعلوم أن البطلان المطلق يتحقق حال تخلف أحد أركان العقد وهو ما لا يحدث عند إغفال إجراء القبول على مرحلتين. وفضلاً عن ذلك فإن هذه التقنية تهدف لحماية مصلحة خاصة هى مصلحة الموجب له ، ومن ثم يكون البطلان الناشئ عن الإخلال بها نسبياً لعدم تعلقه بالنظام العام[٢].

٢- خصائص القبول:

يجب لكى ينتج القبول أثره ويؤدى لانعقاد العقد توافر الشروط التالية :

---

(١) أنظر على سبيل المثال :

L. Archambaut, La formation du contrat de vente en ligne, op. cit., p. 58; **T. Verbiest**, Loi pour la confiance dens l'économie numérique, précit.; **O. Cachard**, validité et formation du contrat électronique dans la Lcen: www.Cejem.com.

راجع فى عرض هذه الآراء د/ **سامح عبد الواحد التهامى**، المرجع السابق، ص ١٧٩ وما بعدها.

(٢) فى نفس المعنى د/ **محمد المرسى زهرة**، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٤٦. و يرى سيادته أن تأكيد القبول لا يمثل عنصراً جديداً من عناصر إبرام العقد الالكترونى.

أ - أن يصدر القبول والإيجاب قائماً :

يتطلب هذا الشرط أن يصدر القبول عن إرادة حرة صحيحة وذلك فى الفترة التى يكون الإيجاب لازال قائماً ومنتجاً لأثـره خلالهـا([1]). وعلى ذلك فإنه إذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب أو العدول عنه، فإن هذا القبول يعد إيجاباً جديداً يحتاج لقبوله من أجل انعقاد العقد.

وفيما يتعلق بالتعاقد الإلكترونى، فإن القبول يجب أن يصدر خلال المدة التى حددها الموجب للبقاء على إيجابه، وذلك إذا كان التعاقد يـتم من خلال الويب أو من خلال الموقع الإلكترونى الذى يتاح الإيجاب من خلاله. أما إذا كان التعاقد الإلكترونى يتم من خلال البريد الإلكترونـى، فإن التعاقد عندئذ يكون بين غائبين ومن ثم يظل الإيجاب قائماً خـلال الفترة اللازمة لوصوله للموجب له وعلمه به ورده عليه. فإذا تم التعبير عن القبول خلال تلك المدة انعقد العقد([2]).

وحرى بالبيان، أنه إذا كان من الممكن صدور القبـول متـأخراً وتالياً على سقوط الإيجاب فى حالة التعاقد من خلال البريد الإلكترونى أو من خلال التفاعل المباشر، فإنه لا يتصور صدور القبول بعد سقوط

([1]) د/ **نبيل إبراهيم سعد**، المرجع السابق، ص١٢٠؛ د/ **محمد حسين منـصور**، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ص١٠٤-١٠٥ ؛ د/ **محمد حسام محمود لطفى**، المرجع السابق؛ ص ص ٣٤، ٤٤؛ د/ **إسماعيل عبـد النبـى شاهين**، المرجع السابق، ص ٨١.

([2]) د/ **سامح عبد الواحد التهـامى**، المرجـع الـسابق، ص ص ١٨٩ ، ١٩٠؛ أ/**محمد أمين الرومى**، التعاقد الإلكترونى عبر الإنترنـت، دار المطبوعـات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٤، ص ١٠٢.

الإيجاب فى حالة التعاقد من خلال الويب Web. ويرجع ذلك إلى أنــه فى الفرض الأخير يكون الموجب قد أزال الإيجاب ذاته من على الشبكة من خلال إنهاء إتاحة الصفحة التى تتضمن الإيجاب. ففي هذا الفــرض تتخلف الأيقونة التى يمكن من خلالها التعبير عن القبول أو تأكيده. وفى هذه الحالة لا يمكن للموجب له قبول الإيجاب إذ لن يكون لــه عندئــذ وجود(١).

ب – مطابقة القبول للإيجاب :

لا يكفى أن يصدر القبول والإيجاب قائماً، بل يجب أيضاً أن يكون مطابقاً له. فالمعلوم أن القبول الذى يجرى بعض التعديل على الإيجاب يُعد في ذاته إيجاباً جديداً لا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول مطــابق. ونظراً لخصوصية بعض صور التعاقد الإلكترونى، فإن الصعوبة قــد تدق بشأن مدى توافر شرط التطابق من عدمه. ويثور هــذا التــساؤل بشأن كون التعاقد يتم بتقنية النصوص المخفية التى تتيح للموجــب لــه الإطلاع على كل النصوص ذات الصلة بالإيجاب المتاح عبــر الوثــب والخاصة بالشروط التفصيلية للعقد(٢).

ويرى بعض الفقه(٣) أنه لا توجد ثمة مشكلة فى حالــة اســتخدام هذه التقنية فى إبرام العقد الإلكترونى. وينتهى هــذا الجانــب إلــى أن القبول يكون مطابقاً للإيجاب فى هذه الحالة طالما كــان فــى مقــدور

---

(١) د/ سامح عبد الواحد التهامى، المرجع السابق، ص ١٩٠.

(٢) د/ سامح عبد الواحد التهامى، المرجع الــسابق، ص ١٨٤ والمراجــع المشار إليها بهامش ٢.

(٣) T. Verbiest, La France transpose la directive sur le contrat à distance: WWW.Droit-technologie.org.

الموجب له التعرف على أن هناك نصوصاً مخفية وإمكانيـة وصـوله إليها.

وخلافاً لهذا الرأي يذهب بعض الفقه(١) الى أنه لا يجوز اللجـوء إلى تقنية النصوص المخفية فى مجال الإيجاب الإلكترونى. وينتهى هذا الفقه إلى ضرورة إتاحة الإيجاب من خلال صفحة واحدة على الويـب، وذلك ليتسنى للموجب له التعرف على كافة شروط الإيجاب حتى يكون قبوله مطابقاً له فيتم التعاقد.

ويؤيد بعض الفقه المصرى هذا الرأى الأخير على اعتبار أن الموجب له قد لا ينتبه إلى وجود مثل هذه النصوص المخفية مما يؤدى إلى عدم علمه بكل الشروط الواردة فى الإيجاب، خاصة إذا كان الموجب لا يحيط بقواعد استخدام شبكة الإنترنت(٢).

وجدير بالذكر أن التطابق بين الإيجاب والقبول يجب أن يكون بشأن الشروط الجوهرية للعقد. فإذا لم تتطابق الإرادتين بشأن بعض المسائل الثانوية، فإن هذا لا يحول، كقاعدة، دون إبرام العقد(٣).

وعلى أية حال فإنه في التعاقد عبر الويب، لا يتصور أن يكون القبول غير مطابق للإيجاب، لأن كافة البنود الجوهرية والثانوية فى العقد تكون متاحة للموجب له الذى يمكنه أن يرفضها بالكامل أو يقبلها جميعاً.

---

(١) **V. Gautrais**, La coupeur du consemtement électronique, précit., pp. 13 – 14.

(٢) من أنصار هذا الجانب أنظر على سبيل المثال د/ سامح عبـد الواحـد التهامى، المرجع السابق، ص ١٨٦.

(٣) د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٩.

على أنه يمكن للموجب له التعديل فى الإيجاب فى حالة إبرام العقد الإلكترونى من خلال الرسائل الإلكترونية عبر البريد الإلكترونى أو من خلال التعاقد المباشر باستخدام الكاميرا الرقمية.

وفى هذه الحالة لا ينعقد العقد إلا إذا كان القبول مطابقاً تماماً للايجاب([١]).

أما من حيث **الصور التى يمكن أن يتخذها القبول** فى إطار التعاقد الإلكترونى، فإنه يمكن أن يتم بشكل مباشر عبر الإنترنت ن خلال التفاعل المباشر. ويتم القبول عندئذ شفاهة بين المتعاقدين أثناء قيام مجلس العقد الحكمى. ويتم التعبير عن الإرادة فى هذه الحالة باستخدام الكاميرا الرقمية التى تمكن كلاً منهما من رؤية وسماع الآخر فى ذات الوقت([٢]).

ويمكن أن يتم التعبير عن القبول من خلال البريد الإلكترونى من خلال الرسائل الإلكترونية التى يرسلها الموجب للقابل بما يفيد رغبته الجازمة فى إبرام العقد المقترح.

([١]) د/ سامح عبد الواحد التهامى، المرجع السابق، ص ١٨٨؛ وانظر فى الفقه الفرنسى أيضاً:

M. - I. Cahen, La formation des contrats de commerce électronique, précite, p. 25.

([٢]) د/ سامح عبد الواحد التهامى، المرجع السابق، ص ١٧٥.

وقد يتم التعبير عن القبول أيضاً من خلال صفحات الويب أو الموقع الإلكترونى للموجب له وعندئذ يجب أن يتم القبول على مرحلتين Double clic حماية لمن يصدر عنه القبول([1]).

ثانياً : المقصود بخيار القبول :

لا ينشأ خيار الموجب له الخاص بقبول الإيجاب أو رفضه إلا بعد صدور الإيجاب ووصوله لعلمه.ويعنى ذلك أن هذا الخيار يبدأ ببداية مجلس العقد وينتهى كذلك بنهايته. وقد ذكرنا أنه يلزم لبقاء هذا الخيار أن يظل الإيجاب قائماً.

ومما سبق يمكننا استخلاص العناصر اللازمة لتعريف خيار القبول، ومن ذلك تعريفه بأنه حق من وجه إليه الإيجاب فى الاختيار بين قبوله أو رفضه بعد العلم به أثناء مجلس العقد([2]).

ويعرف البعض هذا الخيار أيضاً بأنه "حق من وجه إليه الإيجاب فى الموافقة على إبرام العقد أو رفضه"([3]). ويؤخذ على التعريف أنه

([1]) **د/ سامح عبد الواحد التهامى**، المرجع السابق، ص ١٧٦، والمراجع المشار إليها بهامش ١.

([2]) **د/ محمد نجيب عوضين**، المرجع السابق، ص ١٣٥. كما يعرف سيادته هذا الخيار أيضاً بأنه "المهلة التى يعطاها من وجه إليه الإيجاب والتى يجوز له خلالها قبول الإيجاب أو رفضه فى المجلس".

([3]) **د/ عبد الله العلفى**، المرجع السابق، ص ١٧٣. وجدير بالذكر أن هذا المؤلف يرى أن إطلاق وصف الخيار على حق الموجب له فى قبول الإيجاب أو رفضه هو من قبيل المجاز. فالخيار لا يرد، فى نظره، إلا بمناسبة عقد انعقد فعلاً، ص ١٨٠؛ قارن **د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى**، المرجع السابق،

يطلق على خيار القبول وصف الحق، فضلاً عن أنه لم يبين نطاق الخيار زمانيا أو مكانيا، ولم يوضح كذلك شروط ممارسته([1]).

ويذهب البعض أيضاً الى أن خيار القبول هو " مكنة بمقتضاها يعطى للموجه إليه الإيجاب محلة يجوز له خلالها أن يقبل الإيجاب أو يرفضه فى المجلس"([2]).

ونحن من جانبنا نرى أن التعريف الأفضل لخيار القبول هو أنه "التعبير عن إرادة الموجب له، بوسيلة تقليدية أو إلكترونية، بشأن رغبته فى إتمام التعاقد من عدمه وذلك أثناء قيام مجلس العقد".

وقد حاولنا من خلال هذا التعريف التأكيد على أن خيار القبول هو تعبير عن الإرادة، ومن ثم يجب أن يستوفي شروط التعبير عن الإرادة على نحو صحيح وحيث يصدر عن إرادة حرة مستنيرة ومن شخص يتمتع بالأهلية.

وبجانب ذلك فإن التعريف يشمل التعاقد التقليدى بجانب التعاقد الإلكترونى، كما يبرز نطاق هذا الخيار ويوضح مضمونه المتمثل فى

ص ٤١٦. حيث يرى سيادته أنه لا يوجد ما يمنع من ورود الخيار أثناء مجلس العقد وأنه اذا كان الغالب الأعم أن يجد مجاله للتطبيق أثناء قيام العقد وبعد إبرامه.

([1]) د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص ٣٩٤.

([2]) د/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى، المرجع السابق، ص ٣٩٤.

قبول الإيجاب من عدمه. ومن ثم إتمام التعاقد في الحالة الأولى أو رفضه فيسقط الإيجاب وفى الحالتين ينتهى مجلس العقد.

ثالثاً : حكمة خيار القبول :

تكمن علة تقرير خيار الموجب له فى قبول الإيجاب أو رفضه فى منحه مهلة كافية للتفكير فى أمر الإقدام على التعاقد أو الإحجام عنه بعد بحث الأمر من كافة الوجوه، وذلك قبل الإعلان عن موقفه النهائى من التعاقد قبولاً أو رفضاً(١). ولا شك أن حرمان الموجب له من هذا الخيار يعنى إجباره على قبول التعاقد اعتماداً على إرادة واحدة هى إرادة الموجب.

ولا غرو أن هذا الموقف يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة ومع كون العقد لا يتم إلا بتطابق إرادتين وليس إرادة واحدة(٢). وواقع الأمر أن منح الموجب له هذا الخيار يدفع عنه الضرر، إذ يمكنه من إصدار

---

(١) **J. Flour, J. – L. Aubert** et **E. Savaux**, Droit civil, les obligation, op. cit., n. 140, p. 93., qui écrivent “Si celui qui reçoit une offre ne jouit pas d’un délai normal pour en examiner l’intérêt, il risque de subir un préjudice, car il est parfois obligé d’engager certains frais avant de prendre sa décision”.

(٢) د/ **عبد الله العلفى**، المرجع السابق، ص ص ١٧٣، ١٧٤؛ د/ **محمد نجيب عوضين**، المرجع السابق، ص ١٤٢؛ د/ **أشرف عبد الرازق ويح**، المرجع السابق، ص ١٤٦؛ د/ **جابر عبد الهادى سالم الشافعى**، المرجع السابق، ص ٤٠٢؛ د/ **أسامة عبد السميع الشيخ**، المرجع السابق، ص ٢٩٩.

قراره التعاقدى عن بينة ودراية. فقد يرفض صفقة رابحة بسبب عدم تدبره وحسن دراسته للموقف التعاقدى، أو يقبل التعاقد دون تفكير كاف فيلحق به الضرر أيضاً.

فخيار القبول إذاً هو وسيلة أو فرصة أخيرة لتمكين الموجب له من الموازنة بين نتائج قبول الإيجاب أو رفضه بعد حساب مغانم التعاقد ومغارمه([1]).

ومفاد ذلك، أن إعمال الخيارات من شأنه أن يجعل القانون فى مرحلة التطبيق أكثر واقعية وإنسانة([2]). والواقع أن الاعتراف للموجب له بخيار قبول الإيجاب أو رفضه يحقق مصلحة طرفى العقد فضلاً عن مصالح الغير واستقرار المعاملات. وبيان ذلك أن رفض الموجب له للإيجاب أقل ضرراً لطرفى العقد من إجباره عن إتمام العقد ثم يستمر فى المماطلة فى تنفيذه ويسرف فى المنازعات المرتبطة بالوفاء بالتزاماته الناشئة عن هذا العقد. وبعبارة أخرى، فإن عدم إتاحة الفرصة للموجب له فى قبول الإيجاب أو رفضه يغلق أمامه سبل التخلص من عبء التعاقد إلا من خلال المطالبة بالفسخ أو الإبطال وهو ما يلحق بالطرفين ضرراً أشد من ذلك الذى قد ينشأ عن ممارسة الموجب له

([1]) د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، العقد غير اللازم، مرجع سابق، ص٢٦٦؛ د/عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص ٦٤؛ د/ أشرف عبد الرازق ويح، المرجع السابق، ص ١٤٦؛ د/ جابر سالم عبد الهادى الشافعى، المرجع السابق، ص ٤٠٣؛ د/ أسامه عبد السميع الشيخ، المرجع السابق، ص ٣٠٠.

([2]) د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

لخيار القبول. وعلى فرض أن هناك ضرر سينتج فى الحالتين، فإنه إعمالاً لقاعدة أن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف يؤدى لقبول منح الموجب له هذا الخيار([1]).

الفرع الثاني

موقف المشرع من خيار القبول

سنحاول فيما يلى بيان موقف القانون المصرى والتشريعات العربية من إقرار خيار القبول من عدمه، وذلك على النحو التالى:

سنبين من خلال ها الفرع موقف القانون المصري والتشريعات العربية الأخري من تمتع المجب له بحرية قبول الايجاب أو رفضه. كما سنعرض أيضا لشروط أو ضوابط تمتع الموجب له بهذا الخيار وذلك كما يلي:

أولاً – موقف القانون المدنى المصرى :

كانت المادة ١٣٦ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى تنص على أنه " يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه ما لم يكن قد دعا إليه، فلا يجوز له فى هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة ". على أن لجنة المراجعة قد حذفت هذه النص على اعتبار أنه مجرد ترديد للقواعد العامة. وبجانب ذلك، فإن المادة ١٣٣

([1]) **د/ محمد نجيب عوضين**، المرجع السابق، ص ١٤٦؛ **د/ عبد الناصر العطار**، المرجع السابق، ص ٦٤.

من المشروع التمهيدى للقانون كانت تحدد أسباب سقوط الإيجاب على نحو يستفاد منه وجود خيار الموجب له. وقد قررت لجنة المراجعة أيضاً حذف هذه المادة والاكتفاء بترك تحديد أسباب سقوط الإيجاب لاجتهاد الفقه بحسب ظروف كل حالة على حدة، وعلى نحو يضمن مرونة التشريع.

أما القانون المدنى المصرى الحالى فقد أكد على تبنى خيار القبول من خلال نص المادة ٢/٩٤ والتى يجرى نصها على أنه "٢- ومع ذلك يتم العقد، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا م يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن يقضى مجلس العقد".

ويستفاد من هذا النص أن القبول لا يلزم أن يصدر فور العلم بالإيجاب بل يستطيع الموجب له أن يتأنى ليقرر قبول الإيجاب من عدمه طالما ظل الإيجاب سارياً وبقى مجلس العقد قائماً.

ثانياً – موقف التشريعات العربية الأخرى :

أقرت معظم التشريعات العربية خيار القبول سواء بنصوص صريحة أو ضمنية. ومن ذلك ما قررته المادة ١٣٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى التى أكدت على أن المتعاقدان يتمتعان بالخيار فى الفترة التى تعقب صدور الإيجاب وحتى نهاية مجلس العقد. وفى ذات السياق جاء نص المادة ١/٤٣ من **القانون المدنى الكويتى**

مؤكداً على حق الموجب له فى خيار القبول إذ يجرى نص هذه المادة على أن "١- للموجب له خيار القبول.

٢- ويلزم لانعقاد العقد أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب ..".

ونستخلص من هذا النص أن الموجب له يستفيد من خيار القبول وأن تعبيره عن إرادته لا يعدو أن يكون أحد الفروض التالية: إما أن يأتى الرد بالموافقة على الإيجاب دون تعديل هذا الأخير وعندئذ ينعقد العقد وينقضى مجلسه. وقد يوافق الموجب له على الإيجاب من حيث المبدأ ولكن يجرى عليه بعض التعديلات التى تحيله لإيجاب جديد يحتاج للقبول من جانب الطرف الآخر.

وأخيراً قد يسكت الموجب له، وفى هذه الحالة لا يعد السكوت قبولاً إلا إذا تمخض الإيجاب عن منفعته أو كانت هناك تعاملات سابقة بين الطرفين تفى لاستخلاص هذا القبول([1]).

وقد أكدت المادة ٧٥ من **القانون المدنى القطرى** على ذات الحكم أيضاً([2]). ومن جانبه فإن مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية

([1]) فى ذات الصدد المادة ٢/٩٨ من القانون المدنى المصرى؛ المادة ٩٩ من القانون المدنى السورى؛ المادة ٧٣ من القانون المدنى القطرى؛ المادة ٦٨ من القانون المدنى الجزائرى.

([2]) فى ذات السياق أيضاً أنظر المادة ٩٦ من القانون المدنى الأردنى؛ المادة ٩٥ من القانون المدنى السورى؛ المادة ٦٤ من القانون المدنى الجزائرى. ويجرى نص المادة ٩٦ من القانون المدنى الأردنى على أنه " **إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد، من غير أن يتضمن ميعاداً للقبول، كان الطرفان بالخيار إلى**

الفلسطينى لعام ٢٠٠٣ يؤكد على حق الموجب له فى خيار القبول حيث يجرى نص المادة ٥٢ منه على أنه " يجب على البائع، قبل إبرام العقد، تمكين المستهلك (المتعاقد الآخر) من المراجعة النهائية بجميع اختياراته وتمكينه من إقرار البيع أو تغييره حسب إرادته، وكذلك الاطلاع على شهادة المصادقة الإلكترونية المتعلقة بتوقيعه".

وينفرد قانون الالتزامات والعقود المغربى بحكم خاص فى هذا الصدد. إذ قرر حرمان الموجب له من خيار القبول حال كونه حاضراً فى مجلس العقد ويتلقى إيجاب غير ملزم للموجب لمدة معينة. ويستفاد هذا الحكم من نص الفصل ٢٣ الذى يقرر أن "الإيجاب الموجه لشخص حاضر، من غير تحديد ميعاد يعتبر كأن لم يكن إذا لم يقبل على الفور من الطرف الآخر.

ويسرى هذا الحكم على الإيجاب المقدم عن طريق التليفزيون".

وهكذا فإن حرمان الموجب له من الخيار واشتراط فورية القبول يستلزم توافر الشرطين التاليين:

الشرط الأول : أن يكون الموجب له حاضراً فى مجلس العقد. ويأخذ ذات الحكم كون التعاقد الإلكترونى يتم بشكل مباشر عبر الخط أو الويب أو كان يتم عبر البريد الإلكترونى

آخر المجلس، وإذا رجع الموجب أو انقض المجلس دون أن يصدر القبـول، اعتبر الإيجاب مرفوضاً".

من خلال تبادل التعبير عن الإرادة بين طرفين يتواجدان أمام أجهزة الحاسب فى ذات الوقت.

الشرط الثانى : ألا يكون الموجب قد حدد مهلة للقبول. وبمعنى آخر يجب ألا يكون الموجب قد ألزم نفسه بالبقاء على الإيجاب خلال مدة معينة.

وقد أكدت مبادئ يونيدروا للعقود التجارية الدولية على حق الموجب له فى أن يقبل الإيجاب أو يرفضه.

فالمادة ٢-١-١٠ من هذه المبادئ تنص على أنه " يجوز سحب القبول إذا وصل السحب إلى الموجب قبل، أو فى نفس الوقت، الذى كان مفترضاً أن ينتج فيه القبول أثره"(١).

كما أكدت المادة ٢-١-٥ من ذات المبادئ على ذلك حين نصت على أنه " يسقط الإيجاب عند وصول الرفض إلى الموجب"(٢).

---

(١) ترجمت هذه النصوص بمعرفة أستاذنا الدكتور/ محمد حسام محمود لطفى إلى اللغة العربية. أما النص الأصلى لهذه المادة فإنه يجرى على النحو التالى:
" An acceptance may be withdrawn if he withdrawal reaches the offeror before or at the same time as the acceptance would have become effective".

(٢) يجرى هذا النص على أنه:
"An offer is terminated when a rejection reaches the offeror".

المطلب الثاني

شروط مباشرة خيار القبول

يلزم لمباشرة الموجب له خيار القبول بداءة أن يكون متمتعاً بالأهلية اللازمة وأن يكون تعبيره عن هذا الخيار صادراً عن إرادة حرة مستنيرة.

وفضلاً عن ذلك فإنه يجب أن يتوافر الشرطين التاليين:

الشرط الأول : أن يكون الموجب له قد علم بالإيجاب :

لا يستطيع الموجب له أن يباشر خياره إلا إذا كان قد علم فعلاً بالإيجاب. ويتم ذلك فى التعاقد الإلكترونى إذا كان يتعامل مباشرة مع الموجب على الخط أو يطلع على صفحة الويب التى تتضمن. كما يتم ذلك أيضاً إذا كان قد اطلاع على الرسالة الإلكترونية الواردة بما يؤدى لعلمه بالإيجاب ومضمونه.

وتنص المادة ٢-١-٨ من مبادئ يونيدروا بشأن العقود التجارية الدولية على أنه "يبدأ حساب المدة المحددة للقبول بواسطة الموجب من لحظة تصدير الإيجاب. ويعتبر التاريخ المحدد فى الإيجاب هو تاريخ التصدير ما لم تدل الظروف على غير ذلك".

والواقع أن هذا الشرط يتفق مع كون التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من وقت وصوله لعلم من وجه إليه.

الشرط الثانى: أن يكون الإيجاب سارياً و أن يظل مجلس العقد قائماً:

ومفاد هذا الشرط أن الموجب له يستطيع مباشرة خياره خلال فترة زمنية محددة، تبدأ منذ علمه بالإيجاب وتمتد طوال الفترة التى يكون الإيجاب فيها سارياً سواء كان الإيجاب مقترناً بمدة محددة أو استحصلت هذه المدة من ظروف التعاقد. وبعبارة أخرى، فإنه لا يعقل أن يباشر الموجب له خيار القبول قبل العلم بالإيجاب، كما لا يجوز له ذلك أيضا بعد سقوط الإيجاب لأى سبب من الأسباب التى تؤدى لذلك. ويلزم أيضاً أن يكون مجلس العقد قائماً بحيث لا ينقضى لأى سبب كان(١).

وفى إطار التعاقد الإلكترونى فإن للموجب له أن يعدل عن القبول بعد صدوره بشرط أن يصل أمر هذا العدول إلى الموجب معاصراً أو سابقاً لعلمه بالقبول. فالمعلوم أن علم الموجب بالقبول يؤدى لانعقاد العقد وانقضاء المجلس وعندها لا يكون هناك محلاً للخيار محل الدراسة. وعلى ذلك فإنه إذا كان التعاقد يتم عبر صفحات الويب أو مباشرة على الخط، فإن الموجب يعلم بالقبول فى ذات اللحظة التى

---

(١) د/ سامح عبد الواحد التهامى، المرجع السابق، ص ١٧١؛ د/ محمد نجيب عوضين، المرجع السابق، ص ١٣٩؛ وانظر فى الفقه الفرنسى أيضاً على سبيل المثال:

M. I. Cahen, op. cit., p. 26 ; **J. A. Graham**, L'expression du consentemenet dans les contrats virtuels en droit positif Français: www.cbl-journal.

يصدر فيها، وعندئذ لا مجال للعدول عنه حيث ينعقد العقد فى ذات اللحظة التى يتم فيها التعبير عن القبول.

أما إذا كان التعاقد يتم من خلال البريد الإلكترونى وكان الموجب له قد أرسل القبول من خلال رسالة إلكترونية نحو البريد الإلكترونى للموجب الذى لم يكن أمام جهاز الحاسب الخاص به فى ذات الوقت، ثم أراد الموجب له أن يعدل القبول، فإن عليه أن يخطر الموجب بذلك هاتفياً أو ببرقية أو برسالة إلكترونية تصل متعاصرة مع فتحه أو دخوله إلى البريد الإلكترونى الخاص به بحيث يعلم بالقبول وبالعدول عنه فى ذات الوقت على الأقل.

الشرط الثالث : ألا يكون الموجب له هو الداعى للتعاقد :

الأصل هو حرية الموجب له فى قبول الإيجاب أو رفضه. على أن هذه الحرية مقيدة بعدم التعسف بحيث يجب أن يستند رفضه للتعاقد لأسباب معقولة تبرره. ولا شك أن التعسف يتحقق إذا كان الموجب له هو الذى حث الموجب على إبرام العقد ثم رفض الإيجاب بعد ذلك دون الاستناد لسبب مقبول(1).

---

(1) أستاذنا الدكتور/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢١؛ أستاذنا الدكتور/ همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام ، مرجع سابق، ص ٧٠؛ د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٧٥؛ د/ إسماعيل عبد النبى شاهين، المرجع السابق، ص ٨٠؛ د/ أسامة عبد السميع الشيخ، المرجع السابق، ص ٣٧٥.

أما إذا كان الموجب هو الداعى للتعاقد بحيث بادر بإرسال الإيجاب عبر البريد الإلكترونى للموجب له أو أتاح الإيجاب عبر موقعه الإلكترونى على شبكة الإنترنت، فإن للموجب له. عندئذ قبول الإيجاب أو رفضه دون البحث فى أسباب الرفض.

وقد بين قانون الموجبات والعقود اللبنانى حكم هذه الحالة من خلال نص المادة ١٨١ والتى تؤكد على أن من يوجه إليه الإيجاب يكون فى الأساس حراً فى الرفض ولا يتحمل أى تبعة نتيجة هذا الرفض. أما إذا كان هو الداعى للتعاقد فإنه لا يستطيع أن يرفض التعاقد إلا إذا أسس هذا الرفض على أسباب جديرة بالقبول وإلا كان متعسفاً ومتحملاً لنتيجة هذا التعسف. ومن ذلك إلزامه بتعويض الطرف الآخر.

وتطبيقاً لذلك فإنه إذا قام أحد المتاجر الإلكترونية بإرسال عدد من الرسائل الإلكترونية للعملاء عبر بريدهم الإلكترونى أو أتاح إعلاناً على موقعه الكترونى يحث الجمهور فيه على التعاقد معه بشأن سلعة أو خدمة معينة، وعندما استجاب له الجمهور وأرسل العديد من الردود التى تمثل إيجاباً من جانبهم يرفض الموجب له التعاقد معهم بغير مبرر مشروع، فإنه يُعد متعسفاً ويحق للموجب عندئذ أن يطالبه بالتعويض عما قد يلحقه من ضرر من جراء هذا الرفض([1]).

([1]) د/ أسامه عبد السميع الشيخ، المرجع السابق، ص ٣٠١.

وغنى عن البيان أن الأحكام التى تطبق على الإيجاب والقبول فى التعاقد التقليدى هى ذاتها المطبقة على الإيجاب والقبول فى التعاقد الإلكتروني، ومن ذلك الأحكام الخاصة بخيار القبول. فالفارق بين صورتى التعاقد يكمن فقط فى الوسيلة التى يتم من خلالها التعبير عن الإرادة فى العقد الإلكترونى والتى تتمثل فى الوسائط الإلكترونية التى تتيح للطرفين التعاقد عن بعد. غير أن النطاق الزمانى لمباشرة خيار القبول فى التعاقد الإلكترونى يكون أضيق فى حالة التعاقد الإلكترونى الذى يتم بشكل فورى عبر الخط أو صفحات الويب حيث يتم التعاقد، كما نوهنا سلفاً، بمجرد صدور القبول الذى يصل لعلم الموجب فى ذات اللحظة التى يصدر فيها.

وعلى ذلك يبقى الاحتمال الوحيد لمباشرة هذا الخيار في ذلك الفرض الذى يتم فيه التعاقد عبر المواقع الإلكترونية أو مباشرة على الخط، وكان الإيجاب مقترناً بمدة يظل خلالها ملزماً. ففي هذه الحالة تكون هذه المدة بمثابة مهلة للتفكير تتقرر لصالح الموجب له. وكذلك الأمر في حالة كون التعاقد يتم عبر البريد الإلكترونى وكان هناك فترة زمنية تنقضى بين إرسال الرسالة الإلكترونية التى تشتمل على القبول وبين العلم بها أو الاطلاع عليها. وقد أكدت المادة ٥ من مشروع قانون المبادلات ولتجارة الإلكترونية الفلسطينى لعام ٢٠٠٣ على ذات المعنى حيث يجرى نصها على أنه " ينطبق على العقود الإلكترونية ما يطبق على العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة وأثرها القانونى وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون".

ويلزم التمييز بين "خيار القبول" و "تأكيد القبول"([1]) فى العقد الإلكترونى. فالأخير يتم بعد انعقاد العقد وفى مرحلة تنفيذه([2]). ويعنى ذلك أن تأكيد القبول يتم حال تنفيذ عقد قام صحيحاً وانفض مجلسه منذ علم الموجب بالقبول. على أن هناك حالات يلجأ فيها الموجب إلى مطالبة الموجب له بتأكيد القبول الإلكترونى قبل انعقاد العقد بأية وسيلة ممكنة، بحيث لا ينعقد العقد الإلكترونى إلا حال إعادة التأكيد على

([1]) جدير بالذكر أن بعض الفقه الفرنسى يرى أن عدم تأكيد القبول يمثل سبباً لبطلان العقد بطلاناً مطلقاً وليس مجرد تعيباً لإرادة الموجب له، ومن أنصار هذا الاتجاه :

A. Raynouard, La formation du contrat électronique, in Travaux de l'Assaciation Henri Capitant, Le contrat électronique, Journées nationales, T. V., Toulouse 2000. Collection droit privé, éd., Panthéon Assas 2002, p. 15 et s.; **N. Moreau:** La formation du contrat électronique dispositif de protection du cyberconsommateur et modes altrénatifs de réglement des conflits (M.A.R.C)., Dea, Lille 2, 2002/2003, p. 55.

حيث يقرر المؤلف أن :

Le cyberconsommateur ne pourra pas invoquer l'erreur vice de consentement car dans cette hypothès, ce n'est pas la validité du contrat qui est en cause mais son existence. Ainsi, la charge de la preuve incombe à celui qui invoque l'existence du consentement, c'est-à-dire au cybercommerçant, la partie forte et non au cyberconsommateur, la partie faible.l En apparence, cela est favorable au cyberconsommateur mais cela ne résout pas le problème de la valeur conférée à un simple "clic". En effet, si l'on admet qu'un simple "clic" suffit à manifester le consentement, l'efficacité de la protection du cyberconsommateur s'en trouve diminuée. A l'inverse, admettree un formalisme trop important, tel qu'une confirmation par écrit papier de l'acceptation, revient à nier l'existence de ce nouveau moyen de contracter que constitue la voie électronique. Il convient donc de trouver un puste milieu".

([2]) د/ محمد المرسى زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٤٦.

القبول([1]). ويتميز خيار القبول عن سحب القبول الذى يعنى تمكين القابل من نقض العقد بعد تمام انعقاده([2]).

([1]) د/ أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الإلكترونية، مرجـــع ســـابق. ص ص٧٣ ، ٧٤.

([2]) د/ أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الإلكترونية، مرجـــع ســـابق، ص ص، ٧٤.



بعد أن فرغنا، بحمد الله وعونه، من دراستنا الماثلة، يمكننا التأكيد على أن التنظيم القانونى لنظرية العقد، عامة، وللعقد الإلكترونى بصفة خاصة يحتل مكانة بارزة فى البناء القانونى لنظرية الالتزام. كما تحظى هذه النظرية باهتمام الفقه والتشريع الغربى والعربى على حد سواء. على أن بعض الجوانب القانونية لنظرية العقد وعلى رأسها فكرة مجلس العقد لم تحظى بعد بالاهتمام الكافى من جانب فقه القانون المدنى، بعكس فقهاء الشريعة الإسلامية الذين أولوها اهتماماً يستحق التقدير.

ولا شك أن هذا الموقف من جانب فقه القانون يؤدى لصعوبات عملية فى التطبيق حيث يتعلق الأمر بموضوع جوهرى يمثل نقطة الانطلاق لنظرية العقد. وقد تضاعفت أهمية هذا الموضوع مع نمو ظاهرة التجارة الإلكترونية وتزايد اللجوء للتعاقد الإلكترونى من خلال الشبكات الرقمية أو شبكات الاتصال وعلى رأسها شبكة الإنترنت.

وقد حاولنا من خلال هذه الدراسة الإسهام، بجهد متواضع، فى إلقاء بعض الضوء على أحكام مجلس العقد فى إطار التعاقد الإلكترونى عبر الانترنت، وذلك من خلال تقسيم البحث إلى فصلين، سبقهما فصل تمهيدى بينا من خلاله مفهوم العقد

الإلكترونى وخصائصه التى تنعكس بالضرورة على التنظيم القانونى الخاص به.

وقد انتهينا إلى تعريف العقد الإلكترونى بأنه "**العقد الذى يتم إبرامه أو تنفيذه من خلال وسيط إلكترونى**". وقد ألمحنا إلى أن العقد الإلكترونى قد يكون مدنياً أو تجارياً، بل إنه لا يوجد ما يمنع من إبرام العقود الإدارية ذاتها إلكترونياً. فإسباغ الصفة الإلكترونية على العقد لا ترتبط بمضمونه أو بطبيعته بل بوسيلة إبرامه أو تنفيذه. فالعقد الإلكترونى هو ذلك العقد الذى يلعب الوسيط الإلكترونى دوراً أساسياً أو جوهرياً فى إبرامه أو تنفيذه أو فى مرحلتى الإبرام والتنفيذ.

وقد ميزنا العقد الإلكترونى عن غيره من العقود الأخرى المشابهة استناداً إلى الخصائص المميزة له والتى تلقى بظلالها على طبيعة وأحكام فكرة مجلس العقد الإلكترونى، و على القانون الواجب التطبيق بشأن ما قد ينشأ بمناسبة إبرامه أو تنفيذه من منازعات.

وقد أوضحنا أيضاً أن العقد الإلكترونى غالباً ما يكون من عقود الإذعان، إلا أن هذا لا ينفي وجود حالات عديدة يتم فيها هذا

العقد من خلال التفاوض المتوازن بين الطرفين، بحيث يكون هذا العقد تطبيقاً واضحاً لعقود المساومة.

وقد **خصصنا الفصل الأول** للتعريف بمجلس العقد وبيان طبيعته وخصائصه وصوره وخصوصيته في اطار التعاقد عبر النترنت. وقد أكدنا من خلال هذا الفصل على سبق الفقه الإسلامى فى مجال تشييد نظرية مجلس العقد على نحو تفصيلى متكامل يتسم بالمرونة التى تسمح بشمولها لفكرة العقد الإلكترونى، بما يؤكد على ملائمة الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان.

وانتهينا من خلال هذا الفصل إلى أن القانون المدنى المصرى قد تبنى نظرية مجلس العقد متأثراً بنهج الفقه الإسلامى، وإن لم يك بذات التفصيل الوارد بمؤلفات هذا الفقه.

وقد بينا من خلال **المبحث الأول** من هذا الفصل أن حكمة وجود مجلس العقد تتمثل فى منح طرفى العقد فرصة للتفكير المتأنى ودراسة الأمر من كافة وجوهه بحيث يأتى قرار كل طرف معبراً عن حقيقة موقفه ومحققاً لمصالحه. كما يهدف مجلس العقد أيضاً لتمكين كل طرف من التعرف على شخصية وأهلية الطرف الآخر بما يضمن استقرار المعاملات وعدالتها وصحتها.

وقد أوضحنا أن وجود فكرة مجلس العقد تحقق مصلحة الطرفين والغير. ثم عرفنا مجلس العقد بأنه **"الإطار الزمانى والمكانى الذى يجمع المتعاقدين حقيقة أو حكماً، والذى ينشغلان خلاله بإبرام العقد بالوسائل التقليدية أو الإلكترونية"**. وقد قصدنا أن يكون هذا التعريف شاملا لعناصر المجلس وصوره، فضلاً عن بيان هدفه أو مضمونه المتمثل فى الانشغال بالتعاقد.

و ينقضى المجلس بمجرد انشغالهما بأمور أخرى أو الانتهاء من التعاقد بتطابق الإرادتين، وعلم الموجب بالقبول المطابق لإيجابه.

وقد ميزنا من خلال دراستنا بين مجلس العقد وما يسبقه أو يعقبه من مراحل أخرى حيث وجدناه يمثل حلقة الوصل، التى لا غنى عنها، بين مرحلة المفاوضات ومرحلة إبرام و تنفيذ العقد. وقد بينا أنه وإن كان من الممكن الاستغناء عن مرحلة التفاوض، فإنه لا غنى للعقد مطلقا عن مرحلة مجلس العقد الذى يعد الوسيلة الوحيدة لتحقيق تبادل وتطابق الإرادتين، الأمر الذى لا مفر منه لقيام العقد أصلا.

وقد عرضنا من خلال هذا الفصل أيضاً لطبيعة مجلس العقد الإلكترونى من خلال دراستنا للاتجاهات الفقهية والتشريعية التى

حاولت بيان هذه الطبيعة. و قد بينا أن النقاش قد احتدم وأن الآراء قد تشعبت فى هذا الصدد؛ حيث اعتبره البعض تعاقداً بين غائبين، وذهب البعض الآخر إلى أنه يعد تعاقداً بين حاضرين.

وقد ذهب جانب آخر إلى اعتباره تعاقداً بين غائبين ذو طبيعة خاصة. وقد انتهينا إلى أن هذا المجلس يعد تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان.

وقد كرسنا **الفصل الثانى** والأخير، لبيان آثار مجلس العقد، والتى تتمثل إما فى تطابق الإرادتين وإبرام العقد. وأوضحنا من خلال **المبحث الأول** من هذا الفصل مكان وزمان إبرام العقد الإلكترونى. أما **المبحث الثانى** من هذا الفصل فقد خصصناه لدراسة **خيارات الطرفين** وهما: خيار الموجب المتمثل فى إمكانية عدوله عن الإيجاب أو رجوعه فيه شريطة أن يعلم الموجب له بهذا العدول أو الرجوع قبل أن يتصل القبول بعلم الموجب. كما عرضنا لخيار الموجب له بشأن قبول الإيجاب أو رفضه، دون أن يتحمل نتيجة هذا الرفض، ما لم يكن هو الذى دعا إلى التعاقد ثم يرفض الإيجاب دون مسوغ.

وقد عرضنا لبعض التطبيقات الخاصة بمباشرة هذه الخيارات فى إطار التعاقد الإلكترونى، وعقدنا المقارنة بين نطاق هذه

الخيارات فى حالة التعاقد الإلكترونى والتقليدى. وقد انتهينا إلى أن نطاق مباشرة خيار القبول فى مجال العقد الإلكترونى أقل منه فى إطار التعاقد التقليدى وذلك بسبب كون القبول يصل لعلم الموجب فى معظم الحالات، فور صدوره.

وبعد هذا العرض العام لإطار الدراسة يمكننا استخلاص **أهم التوصيات** والمتمثلة فيما يلي:

١- ضرورة **العمل على توحيد القواعد القانونية** التى تحكم إبرام العقود الإلكترونية من حيث مكان إبرامها وزمانه؛ فمثل هذا التوحيد من شأنه أن يجنبنا العديد من الصعوبات الناشئة عن تنازع القوانين فيما يخص المكان والزمان اللذان ينعقد فيهما العقد الإليكترونى. ولا شك أن توحيد تلك القواعد سيؤدى أيضاً لاستقرار المعاملات، وتيسير إبرامها بغض النظر عن جنسية أطرافها وأماكن تواجدهم لحظة إبرامها.

٢- ضرورة **تعديل بعض أحكام القانون المدنى المصرى الخاصة بإبرام العقد وتنفيذه** بما يجعلها ملائمة لذلك الوافد الجديد الذى فرض نفسه بقوة على بساط المعاملات المدنية وهو **العقد الإلكترونى**.

ولا شك أن مثل هذه التعديلات لا تمس مطلقاً ما للقانون المدنى المصرى من مكانه وما يتسم به من شمول الأحكام ودقة الصياغة. فمثل هذه التعديلات التى يجب أن تتم على غرار تعديل القانون المدنى الفرنسى بمقتضى **قانون الثقة فى الاقتصاد الرقمى** عام ٢٠٠٤، من شأنها أن تجدد شباب هذا القانون وتجعله مواكباً لما استجد من عقود وملائماً لما يستحدث من تقنيات يمكن أن تستخدم فى إبرام وتنفيذ العقود. وغنى عن البيان أن مثل هذه التعديلات من شأنها أن تغنينا عن إصدار تشريع جديد مستقل بشأن المعاملات الإلكترونية.

٣- ضرورة **إيجاد الآليات التقنية والقانونية** التى تمكن كل متعاقد من التعرف على شخصية الطرف الآخر ومدى أهليته للتعاقد وجديته فيه. وغنى عن البيان أن هذه التقنيات من شأنها **ضمان استقرار المعاملات** وسد باب التحايل من خلال شبكة الإنترنت.

٤- ضرورة **استكمال التنظيم التشريعى لخيارات المجلس** والمتمثلة فى خيار الموجب والموجب له على نحو تفصيلي يتلائم مع استخدام الوسائط الإلكترونية فى إبرام العقود.

ويجب أن يحرص مثل هذا التنظيم القانونى على بيان شروط مباشرة هذه الخيارات وجزاء التعسف فى استعمالها.

واذا كان لنا من كلمة في نهاية دراستنا الماثلة، فإننا نود التنويه إلى أن تلك الدراسة ليست سوى محاولة متواضعة لإلقاء بعض من الضوء على فكرة في غاية الأهمية وهى مجلس العقد الإلكترونى. فهذا الموضوع وبحق يستأهل أن يفرد له فقه القانون المدنى دراسات أخرى، لعل من أهم موضوعاتها في نظرنا هو خيارات مجلس العقد الإلكترونى، وذلك بتفصيل مناسب من خلال دراسة مقارنة تجرى بين القانون الوضعي والفقه الإسلامى في ضوء القضاء الفرنسي.

فالحق أن هذا الموضوع على أهميته القصوى لم يحظى بعد بما يليق به من اهتمام رغم دقته وخطورة آثاره.

تم بحمد الله وعونه


الملاحـــــــق

مرسوم سلطاني
رقم ٢٠٠٨/٦٩
بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية

نحن قابوس بن سعيد سلطان عمان .

بعد الاطلاع على النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٦/١٠١ ،

وعلى قانون الجزاء العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٧٤/٧ ،

وعلى قانون الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٩/٩٧ ،

وعلى القانون المصرفي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٠/١١٤ ،

وعلى قانون تنظيم الاتصالات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٢/٣٠ ،

وعلى قانون غسل الأموال الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٢/٣٤ ،

وعلى اللائحة التنفيذية لقانون غسل الأموال الصادرة بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٤/٧٢ ،

وعلى المرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٦/٥٢ بإنشاء هيئة تقنية المعلومات ،

وبناء على ما تقتضيه المصلحة العامة .

رسمنا بما هو آت

المادة الأولى : يعمل بقانون المعاملات الإلكترونية المرافق .

المادة الثانية : يصدر وزير الاقتصاد الوطني اللوائح والقرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون .

المادة الثالثة : يلغى كل ما يخالف هذا القانون أو يتعارض مع أحكامه .

المادة الرابعة : ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية ، ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره .

صدر في : ١١ من جمادى الأولى سنة ١٤٢٩هـ

الموافق : ١٧ من مايو سنة ٢٠٠٨م

قابوس بن سعيد

سلطان عمان

قانون المعاملات الالكترونية

الفصل الأول

تعريفات وأحكام عامة

المادة(١) : فى تطبيق أحكام هذا القانون ، يكون للكلمات والعبارات التالية المعنى المبين قرين كل منها ما لم يقتض سياق النص خلاف ذلك :

الحكومة :

وحدات الجهاز الإدارى للدولة وما فى حكمها .

الوزير :

وزير الاقتصاد الوطنى .

السلطة المختصة :

هيئة تقنية المعلومات .

المعاملة الإلكترونية :

أى إجراء أو عقد يبرم أو ينفذ كليا أو جزئيا بواسطة رسائل إلكترونية .

إلكترونى :

أية وسيلة تتصل بالتقنية الحديثة وذات قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لاسلكية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو ضوئية أو أية قدرات مماثلة لذلك .

رسالة إلكترونية :

معلومات إلكترونية يتم إرسالها بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها فى المكان المستلمة فيه .

المراسلة الإلكترونية :

إرسال واستلام رسائل إلكترونية .

سجل إلكترونى :

العقد أو القيد أو رسالة المعلومات التى يتم إنشاؤها أو تخزينها أو استخراجها أو نسخها أو إرسالها أو إبلاغها أو تسلمها بوسائل إلكترونية على وسيط ملموس أو أى وسيط آخر ويكون قابلا للتسلم بشكل يمكن فهمه .

المعلومات الإلكترونية :

معلومات أو بيانات يتم تبادلها إلكترونيا فى شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم أو صور أو خرائط أو برامج حاسب آلى أو غيرها من قواعد البيانات .

تبادل البيانات الإلكترونية :

نقل المعلومات من شخص إلى آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات .

الوسيط الإلكترونى الآلى :

برنامج أو نظام إلكترونى لحاسب آلى أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستخدم من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو استلام رسالة معلومات دون تدخل شخص طبيعى .

برنامج الحاسب الآلى :

مجموعة معلومات إلكترونية أو تعليمات تستعمل بطريقة مباشرة أو غير مباشرة فى نظام معالجة معلومات إلكترونيه بغرض الوصول إلى نتائج محددة .

وسيط الشبكة :

الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو تسلم أو تبنى أو حفظ المعاملة الإلكترونية أو يقوم بتنفيذ خدمات تتعلق بتلك المعاملة .

نظام معالجة المعلومات :

نظام إلكترونى للتعامل مع المعلومات والبيانات بإجراء معالجة تلقائية لها لإنشاء أو إرسال أو تسلم أو تخزين أو عرض أو برمجة أو تحليل تلك المعلومات والبيانات .

المنشئ :

أى شخص يرسل رسالة إلكترونية أو ترسل نيابة عنه بناء على تفويض صحيح .

المرسـل إليـه :

الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى قصد منشئ الرسالة الإلكترونية توجيه رسالته إليه .

الموقـع :

الشخص الحائز على أداة إنشاء توقيع إلكترونى خاصة به من السلطة المختصة ويقوم بالتوقيع عن نفسه أو عمن يعينه أو يمثله قانونا .

أداة إنشاء التوقيع :

أداة تستخدم لإنشاء توقيع إلكترونى مثل برمجية مجهزة أو جهاز إلكترونى .

التوقيع الإلكترونى :

التوقيع على رسالة أو معاملة إلكترونية فى شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع وتمييزه عن غيره .

إجراءات التوثيـق :

الإجراءات التى تهدف إلى التحقق من أن رسالة إلكترونية قد صدرت من شخص معين ، والكشف عن أى خطأ أو تعديل فى محتويات أو فى إرسال أو تخزين رسالة إلكترونية أو سجل إلكترونى خلال فترة زمنية محددة . ويشمل ذلك أى إجراء يستخدم معادلات رياضية أو رموزا أو كلمات أو أرقاما تعريفية أو تشفيرا أو إجراءات للرد أو لإقرار التسلم أو غيرها من وسائل حماية المعلومات المماثلة .

مقدم خدمات التصديق :

أى شخص أو جهة معتمدة أو مرخص له / لها بالقيام بإصدار شهادات تصديق إلكترونية أو أية خدمات أخرى متعلقة بها وبالتوقيعات الإلكترونية .

الشهـادة :

شهادة التصديق الإلكترونية التى يصدرها مقدم خدمات التصديق يفيد فيها تأكيد الارتباط بين الموقع وبيانات التوقيع الإلكترونى .

الطرف المعتمـــد :

الشخص الذى يتصرف اعتمادا على شهادة أو توقيع إلكترونى .

معالجة البيانات الشخصيـة :

أيـة عمليـة أو مجموعـة عمليات يتم إجراؤها على البيانات الشخصية عن طريق وسائل تلقائيـة أو غيرهـا أو جمعها أو تسجيلها أو تنظيمها أو تخزينها أو تعديلها أو تحويرها أو استرجاعها أو مراجعتها أو الإفصاح عنها عن طريق إرسالها أو توزيعها أو إتاحتها بوسائل أخرى أو تنسيقها أو ضم بعضها لبعض أو حجبها أو محوها أو إلغائها .

التشفيـــر :

عمليـة تحويل نص بسيط أو وثيقة نصية أو رسالة الكترونية إلى رموز غير معروفـة أو مبعثرة يستحيـل قراءتهـا أو معرفتها بدون إعادتها إلى هيئتها الأصلية .

المادة (٢) : يهدف هذا القانون إلى :

١- تسهيل المعاملات الالكترونية بواسطة رسائل أو سجلات الكترونية يعتمد عليها .

٢- إزالة أية عوائق أو تحديات أمام المعاملات الالكترونية والتى تنتج عن الغموض المتعلق بمتطلبات الكتابة والتوقيع ، وتعزيز تطور البنية الأساسية القانونية لتطبيق التعاملات الالكترونية بصورة مضمونة .

٣- تسهيل نقل المستندات الالكترونية والتعديلات اللاحقة .

٤- التقليـل من حـالات تزويـر المراسـلات الالكترونيـة والتعـديـلات اللاحقة ومن فرص الاحتيال فى المعاملات الالكترونية .

٥- إرسـاء مبادئ موحدة للقواعد واللوائح والمعايير المتعلقة بتوثيق وسلامة المراسلات والسجلات الالكترونية .

٦- تعزيـز ثقـة الجمهـور فى سلامـة وصحـة المعامـلات والمراسـلات والسجلات الالكترونية .

٧- تطوير المعاملات الالكترونية على الصعيد الوطني وكذلك الخليجي والعربي وذلك عن طريق استخدام التوقيع الالكتروني .

المادة (٣) : تسري أحكام هذا القانون على المعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية كما تسري على أية رسالة معلومات إلكترونية .

ولا يسري هذا القانون على ما يلي :

أ - المعاملات والأمور المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا والهبات .

ب - إجراءات المحاكم والإعلانات القضائية والإعلانات بالحضور وأوامر التفتيش وأوامر القبض والأحكام القضائية .

ج - أي مستند يتطلب القانون توثيقه بواسطة الكاتب بالعدل .

المادة (٤) : ١- تطبق أحكام هذا القانون على المعاملات التي تتم بين الأطراف الذين اتفقوا على إجراء معاملاتهم بوسائل إلكترونية ويجوز استنتاج موافقة الشخص على ذلك من سلوكه . وبالنسبة للحكومة ، يجب أن يكون قبولها بالتعامل الإلكتروني صريحا .

٢- يجوز للأطراف الذين لهم علاقة بإنشاء أو إرسال أو تسلم أو تخزين أو معالجة سجلات إلكترونية الاتفاق على التعامل بصورة مغايرة لأي من القواعد الواردة في الفصول من الثاني حتى الرابع من هذا القانون .

٣- لا يكون أي اتفاق بين الأطراف لإنجاز معاملة معينة بوسائل إلكترونية ملزما لأي منهم لإنجاز معاملات أخرى بذات الوسائل

المادة (٥) : تقوم السلطة المختصة بتحديد نظام العمل بالنسبة للمدفوعات الإلكترونية بالاتفاق مع البنك المركزي العماني .

المادة (٦) : يلتزم كل من وسيط الشبكة ومقدم خدمات التصديق بأن يوفر على نفقته الخاصة جميع المقومات الفنية من أجهزة ومعدات ونظم وبرامج تتيح للجهات الأمنية إمكانية الدخول على أنظمته تحقيقا لمتطلبات

الأمن الوطنى ، على أن يتزامن تقديم الخدمة مع توفير المقومات الفنية المطلوبة بمراعاة التقدم الفنى ، وتوفر وزارة المالية جميع متطلبات التوصيلات اللازمة لربط الأجهزة التى تستخدمها الجهات الأمنية لتحقيق أغراض الأمن الوطنى بالأنظمة التى يستخدمها كل من وسيط الشبكة ومقدم خدمات التصديق وفقا لما يقرره مجلس الأمن الوطنى ، ويتحمل كل من وسيط الشبكة ومقدم خدمات التصديق فى حالة تغيير أنظمته ، تكاليف التحديث والتوصيلات للأجهزة التى تستخدمها هذه الجهات والتى تأثرت بالتغيير ، وذلك وفقا لما تنص عليه القرارات التى تصدرها السلطة المختصة والقوانين المعمول بها .

الفصل الثانى

الآثار القانونية المترتبة على الرسائل الإلكترونية ومتطلبات المعاملات الإلكترونية

المادة(٧) : تنتج الرسالة الإلكترونية أثرها القانونى وتعتبر صحيحة وقابلة للتنفيذ شأنها فى ذلك شأن الوثيقة المكتوبة إذا روعيت فى إنشائها واعتمادها الشروط المنصوص عليها فى هذا القانون واللوائح والقرارات الصادرة تنفيذا لأحكامه .

المادة(٨) : ١- عندما يوجب أى قانون حفظ مستند أو سجل أو معلومات أو بيانات لأى سبب ، فإن ذلك يتحقق بحفظ ذلك المستند أو السجل أو المعلومات أو البيانات فى شكل إلكترونى ، إذا روعيت الشروط الآتية :

أ - حفظ المستند أو السجل أو المعلومات أو البيانات إلكترونيا بالشكل الذى أنشئت أو أرسلت أو تسلمت به فى الأصل ، أو بشكل يمكن من إثبات أنه يمثل بدقة المستند أو السجل أو المعلومات أو البيانات التى أنشئت أو أرسلت أو تسلمت فى الأصل .

ب - بقاء المستند أو السجل أو المعلومات أو البيانات محفوظة على نحو يتيح الوصول إليها واستخدامها والرجوع إليها لاحقا .

ج - حفظ المستند أو السجل أو المعلومات أو البيانات بطريقة تمكن من التعرف على منشأ وجهة وصول الرسالة الإلكترونية وتاريخ ووقت إرسالها أو تسلمها .

٢ - ليس في هذه المادة ما يؤثر على ما يلي :

أ - أي قانون آخر ينص صراحة على حفظ المستند أو السجل أو المعلومات أو البيانات في شكل إلكتروني وفق نظام إلكتروني معين أو باتباع إجراءات معينة أو حفظها أو إرسالها عبر وسيط إلكتروني معين .

ب - أية متطلبات إضافية تقررها الحكومة لحفظ السجلات الإلكترونية التي تخضع لاختصاصها .

المادة(٩) : إذا أوجب القانون كتابة أي مستند أو سجل أو معاملة أو معلومة أو بيان أو رتب نتائج معينة إذا لم يتم ذلك ، فإن ورود أي من ذلك في شكل إلكتروني يجعله مستوفيا شرط الكتابة إذا روعيت الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة .

المادة(١٠) : إذا أوجب القانون تقديم أصل رسالة أو سجل أو مستند ورتب نتائج معينة على عدم الالتزام بذلك فإن الرسالة الإلكترونية أو السجل الإلكتروني أو المستند الإلكتروني يعتبر أصليا إذا استخدمت وسيلة تسمح بعرض المعلومات المراد تقديمها في شكل يمكن فهمه ويعتمد عليها فنيا للتحقق من سلامة المعلومات الواردة في أي من ذلك .

المادة(١١) : ١- عند تطبيق قواعد الإثبات في أية إجراءات قانونية لا يحول دون قبول الرسالة الإلكترونية أن تكون قد جاءت في غير شكلها الأصلي ، إذا كانت الرسالة أفضل دليل يتوقع بدرجة مقبولة أن يحصل عليه الشخص الذي يقدمه .

وتكون لهذه الرسالة حجية في الإثبات ، مع مراعاة الآتي :

أ - مدى إمكانية الاعتماد على الطريقة التي تم بها تنفيذ واحدة أو أكثر من عمليات التنفيذ أو الإدخال أو الإنشاء أو المعالجة أو التخزين أو التقديم أو الإرسال .

ب - مدى إمكانية الاعتماد على الطريقة التى تمت بها المحافظة على سلامة المعلومات .

ج - مدى إمكانية الاعتماد على مصدر المعلومات إذا كان معروفا .

د - مدى إمكانية الاعتماد على الطريقة التى تم بها التحقق من هوية المنشئ إذا كانت ذات صلة .

هـ - أى عامل آخر ذو صلة .

٢- ما لم يثبت العكس ، يفترض أن التوقيع الإلكتروني محمى إذا استوفى الشروط الواردة فى المادة (٢٢) من هذا القانون ، وأنه يقصد توقيع أو اعتماد الرسالة الإلكترونية التى وضع عليها أو اقترن بها ولم يتغير منذ إنشائه وأن هذا التوقيع جدير بالاعتماد عليه .

الفصل الثالث

المعاملات الإلكترونية وإبرام العقود

المادة (١٢) : ١- لأغراض التعاقد ، يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول بواسطة رسائل إلكترونية ويعتبر ذلك التعبير ملزما لجميع الأطراف متى تم وفقا لأحكام هذا القانون .

٢- لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه أبرم بواسطة رسالة إلكترونية واحدة أو أكثر .

المادة (١٣) : ١- يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط الكترونية آلية متضمنة نظامى معلومات الكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقا للقيام بمثل هذه المهام ويكون التعاقد صحيحا ونافذا على الرغم من عدم التدخل الشخصى أو المباشر لأى شخص طبيعى فى عملية إبرام العقد .

٢- يجوز إبرام عقد بين نظام معلومات آلى مملوك لشخص طبيعى أو معنوى وبين شخص طبيعى أو معنوى إذا كان الأخير يعلم أو كان ينبغى عليه أن يعلم أن ذلك النظام سيتولى مهمة إبرام العقد .

ويكون للعقود الإلكترونية ذات الآثار القانونية المتعلقة بالعقود التى تبرم بالأساليب العادية من حيث الإثبات والصحة والقابلية للتنفيذ وغير ذلك من الأحكام .

المادة (١٤) : مسؤولية وسيط الشبكة :

١- لا يسأل وسيط الشبكة مدنيا أو جزائيا عن أية معلومات واردة فى شكل سجلات الكترونية - تخص الغير - إذا لم يكن وسيط الشبكة هو مصدر هذه المعلومات واقتصر دوره على مجرد توفير إمكانية الدخول عليها ، وذلك إذا كانت المسؤولية قائمة على :

أ - إنشاء أو نشر أو بث أو توزيع هذه المعلومات أو أية بيانات تتضمنها .

ب - التعدى على أى حق من الحقوق الخاصة بتلك المعلومات .

٢- يشترط لانتفاء مسؤولية وسيط الشبكة استنادا على أحكام هذه المادة ما يلى :

أ - عدم علمه بأية وقائع أو ملابسات من شأنها أن تدل بحسب المجرى العادى للأمور على قيام مسؤولية مدنية أو جزائية .

ب - قيامه على الفور - فى حالة علمه بما تقدم - بإزالة المعلومات من أى نظام للمعلومات تحت سيطرته ، ووقف توفير إمكانية الدخول على تلك المعلومات أو عرضها .

٣- لا تفرض أحكام هذه المادة على وسيط الشبكة أى التزام قانونى بشأن مراقبة أية معلومات واردة فى شكل سجلات الكترونية تخص الغير إذا اقتصر دوره على مجرد توفير إمكانية الدخول على هذه السجلات .

٤- لا تخل أحكام هذه المادة بما يلى :

أ - أية التزامات تنشأ عن أى عقد .

ب - الالتزامات التى يفرضها أى تشريع بشأن تقديم خدمات الاتصالات .

ج - الالتزامات التى يفرضها أى تشريع آخر ، أو حكم قضائى واجب النفاذ بشأن تقييد أو منع أو إزالة أية معلومات واردة فى شكل سجلات الكترونية أو الحيلولة دون الدخول عليها .

٥- فى تطبيق أحكام هذه المادة يقصد بتوفير إمكانية الدخول على أية معلومات تخص الغير ، إتاحة الوسائل الفنية التى تمكن من الدخول على معلومات واردة فى شكل سجلات الكترونية تخص الغير ، أو بثها ، أو مجرد زيادة فاعلية البث . ويشمل ذلك الحفظ التلقائى أو المرحلى أو المؤقت لهذه المعلومات بغرض إمكانية الدخول عليها . ويقصد بالغير فى تطبيق أحكام هذه المادة ، أى شخص ليس لوسيط الشبكة سيطرة فعلية عليه .

المادة (١٥) : ١- تعتبر الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشئ فى الحالات الآتية :

أ - إذا كان المنشئ هو الذى أصدرها بنفسه .

ب - فيما بين المنشئ والمرسل إليه ، تعتبر الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشئ إذا تم إرسالها بواسطة :

١- شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق بالرسالة الإلكترونية المعنية .

٢- إذا تم إرسالها وفقا لنظام معلومات آلى مبرمج من قبل المنشئ أو نيابة عنه ليعمل تلقائيا .

٢- للمرسل إليه أن يعتبر الرسالة الإلكترونية قد صدرت عن المنشئ وأن يتصرف على أساس ذلك الافتراض فى الحالتين الآتيتين :

أ - إذا طبق المرسل إليه بدقة إجراء سبق أن وافق عليه المنشئ لأجل التحقق من أن الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشئ .

ب - إذا كانت الرسالة الإلكترونية كما تسلمها المرسل إليه ، ناتجة عن تصرفات شخص تمكن بصورة مشروعة بحكم علاقته بالمنشئ أو بأى وكيل للمنشئ من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ للتعريف بأن الرسالة الإلكترونية تخصه .

ولا يسرى هذا البند اعتبارا من :

١- الوقت الذى تسلم فيه المرسل إليه إخطارا من المنشئ بأن الرسالة الإلكترونية لم تصدر عنه وأتيح للمرسل إليه وقت معقول للتصرف وفقا لذلك .

٢- الوقت الذى علم فيه المرسل إليه أو كان يتعين عليه أن يعلم إذا بذل عناية معقولة أو استخدم إجراء متفقا عليه أن الرسالة الإلكترونية لم تكن من المنشئ .

كما لا يسرى هذا البند إذا لم يكن مقبولا أن يعتبر المرسل إليه أن الرسالة الإلكترونية تخص المنشئ أو يتصرف بناء على ذلك الافتراض .

وللمرسل إليه أن يعتبر كل رسالة إلكترونية يتسلمها على أنها مراسلة مستقلة وأن يتصرف بناء على ذلك الافتراض وحده ، إلا إذا علم أو كان ينبغى عليه أن يعلم إذا بذل عناية معقولة أو استخدم أى إجراء متفق عليه أن الرسالة الإلكترونية كانت نسخة مكررة .

المادة (١٦) : إذا طلب المنشئ من المرسل إليه أو اتفق معه ، عند أو قبل إرسال رسالة إلكترونية ، أو عن طريق تلك الرسالة الإلكترونية أن يتم الإقرار بتسلم الرسالة الإلكترونية ، تطبق أحكام المادة (١٥) من هذا القانون مع مراعاة الآتى :

١- إذا ذكر المنشئ أن الرسالة الإلكترونية مشروطة بتسلم الإقرار ، تعامل الرسالة الإلكترونية فيما يتعلق بترتيب الحقوق والالتزامات بين المنشئ والمرسل إليه كما لو لم ترسل إلى حين تسلم المنشئ للإقرار .

٢- إذا طلب المنشئ إقرارا بتسلم الرسالة الإلكترونية ولكنه لم يذكر أن الرسالة الإلكترونية مشروطة بتسلم الإقرار خلال الوقت المحدد أو المتفق عليه ، أو إذا لم يتم تحديد وقت محدد أو متفق عليه ، فإن للمنشئ أن يوجه إلى المرسل إليه إخطارا يذكر فيه عدم تلقى

الإقـرار بتسلـم الرسالة الإلكترونية ويحـدد وقتا معقـولا يتعين في غضونه تسلم الإقرار ، فإذا لم يتم تسلم الإقرار خلال الوقت المحدد أو المتفق عليه ، جاز للمنشئ بعد توجيه إخطار إلى المرسل إليه ، أن يعامل الرسالة الإلكترونية كأنها لـم ترسـل .

٣- عندما يتسلم المنشئ إقرار المرسل إليه بالتسلم ، يفترض - ما لم يثبت العكس - أن المرسل إليه قد تسلم الرسالة الإلكترونية ذات الصلة ولكن ذلك الافتراض لا يدل ضمنا على أن محتوى الرسالة الإلكترونـية المرسلة من المنشـئ يتطابـق مع محـتوى الرسـالـة الإلكترونية التي تسلمها المرسل إليه .

٤- إذا لم يكن المنشئ قد اتفق مع المرسل إليه على أن يتم الإقرار بشكل معين أو بطريقـة معينة يجوز الإفصاح عن الإقرار بالتسلم عن طريق أية مراسلـة من جانب المرسـل إليه سـواء بوسيلة الكترونية أو بوسيلة آلية أو بأية وسيلة أخرى ، أو أي سلوك من جانب المرسل إليـه يكون كافيـا لأن يؤكد للمنشـئ أن الرسالة الإلكترونيـة قد تم تسلمها .

٥- عندمـا ينـص الإقـرار الذي يتسلمـه المنشـئ علـى أن الرسـالـة الإلكترونية ذات الصلة قد استوفت المتطلبات الفنية ، سواء المتفق عليها أو المبينة في المعايير المطبقة ، يفترض - ما لم يثبت العكس - أن تلك المتطلبات قد استوفيت .

المادة(١٧) : ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك :

أ - تعتبر الرسالة الإلكترونية قد أرسلت عندما تدخل نظاما للمعلومات خارج سيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه .

ب - يتحدد وقت تسلم الرسالة الإلكترونية على النحو الآتي :

١- إذا عـين المرسـل إليـه نظامـا للمعلومـات لغـرض تسلـم رسـالـة إلكترونـيـة ، يتم التسلم في الوقت الذي تدخل فيه الرسالـة الإلكـترونيـة نظـام المعلومـات المعـين ، وإذا أرسـلت الرسـالـة الإلكترونية إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه بخلاف نظام

المعلومات المعين لتسلم الرسالة الإلكترونية - يتحدد وقت التسلم في الوقت الذى يتم فيه استخراج الرسالة الإلكترونية بواسطة المرسل إليه .

٢- إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات ، يتم تسلم الرسالة الإلكترونية عندما تدخل نظام معلومات تابع للمرسل إليه .

ج - تعتبر الرسالة الإلكترونية قد أرسلت من المكان الذى يقع فيه مقر عمل المنشئ وأنها تسلمت فى المكان الذى يقع فيه مقر عمل المرسل إليه حتى وإن كان المكان الذى وضع فيه نظام المعلومات يختلف عن المكان الذى يفترض أن تكون الرسالة الإلكترونية قد سلمت فيه .

د - إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل ، فإنه يعتد بالمقر الأوثق علاقة بالمعاملة المعنية ، أو مقر العمل الرئيسى إذا لم تكن هناك معاملة معينة ، وإذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل ، فإنه يعتد بمقر الإقامة .

الفصل الرابع

طرق حماية المعاملات الإلكترونية

المادة (١٨) : يستخدم التشفير كوسيلة لحماية المعاملات الإلكترونية بهدف المحافظة على سرية المعلومات أو البيانات التى تحويها الرسالة الإلكترونية ، والتحقق من شخصية المنشئ ، ومنع الغير من التقاط المعلومات أو الرسائل الإلكترونية بغرض منع وصولها إلى المرسل إليه أو تشويهها .

المادة (١٩) : تستخدم إحدى الطرق الآتية لحماية نظم المعلومات :

أ - التشفير بطريق المفتاح العام .

ب - الجدران النارية .

ج - مرشحات المعلومات .

د - مجموعة الوسائل المتعلقة بمنع الإنكار .

هـ - تقنيات تشفير المعطيات والملفات .

و - إجراءات حماية نسخ الحفظ الاحتياطية .

ز - البرامج المضادة للديدان والفيروسات .

ح - أية طريقة أخرى تجيزها السلطة المختصة .

المادة(٢٠) : باستثناء مفاتيح التشفير التي يحددها مجلس الأمن الوطني ، يجوز للموظف الذي تحدده السلطة المختصة أن يطلب من صاحب أي مفتاح تشفير تمكينه من فحص المعلومات الضرورية المتعلقة بذلك المفتاح ويجب على صاحب ذلك المفتاح تسليمه إلى الموظف .

المادة(٢١) : ١- إذا تم تطبيق إجراءات توثيق محددة ومتفق عليها بين الأطراف على سجل إلكتروني للتحقق من أنه لم يتم تغييره منذ وقت معين من الزمن ، يعامل هذا السجل كسجل إلكتروني محمي منذ ذلك الوقت إلى الوقت الذي يتم فيه التحقق .

٢- إذا لم يوجد اتفاق بين الأطراف ، تعتبر إجراءات التوثيق مقبولة وفقا للبند (١) من هذه المادة والمادة (٢٢) من هذا القانون ، مع الأخذ في الاعتبار الظروف المتعلقة بالأطراف المتعاملين ، وبصفة خاصة :

أ - طبيعة المعاملة .

ب - معرفة وخبرة الأطراف .

ج - حجم المعاملات المماثلة المرتبط بها أي من الأطراف أو جميعهم .

د - وجود إجراءات بديلة .

هـ - تكلفة الإجراءات البديلة .

و - الإجراءات المستخدمة عموما لأنواع مماثلة من المعاملات .

المادة(٢٢) : يعتبر التوقيع الإلكتروني محميا وجديرا بأن يعتمد عليه إذا تحقق الآتي :

أ - كانت أداة إنشاء التوقيع في سياق استخدامها مقصورة على الموقع دون غيره .

ب - كانت أداة إنشاء التوقيع في وقت التوقيع ، تحت سيطرة الموقع دون غيره .

ج - كان ممكنا كشف أي تغيير للتوقيع الإلكتروني يحدث بعد وقت التوقيع .

د - كان ممكنا كشف أي تغيير في المعلومات المرتبطة بالتوقيع يحدث بعد وقت التوقيع .

ومع ذلك يجوز لكل ذى شأن أن يثبت بأية طريقة أن التوقيع الإلكترونى جدير بأن يعتمد عليه أو أنه ليس كذلك .

المادة (٢٣) : ١- يحق للشخص أن يعتمد على التوقيع الإلكترونى أو الشهادة إلى المدى الذى يكون فيه ذلك الاعتماد معقولا .

٢- عندما يتسلم طرف معتمد توقيعا إلكترونيا معززا بشهادة ، يفترض أن هذا الطرف قد تحقق من صحة الشهادة وقابليتها للتنفيذ وأنه يعتمد فقط على الشهادة وفقا لشروطها .

٣- لتقرير ما إذا كان من الممكن الاعتماد على التوقيع الإلكترونى أو الشهادة يراعى الآتى :

أ - طبيعة المعاملة التى قصد تعزيزها بالتوقيع الإلكترونى أو الشهادة .

ب - قيمة أو أهمية المعاملة إذا كان ذلك معلوما .

ج - ما إذا كان الطرف المعتمد على التوقيع الإلكترونى أو الشهادة قد اتخذ خطوات مناسبة لتقرير مدى إمكانية الاعتماد على التوقيع الإلكترونى أو الشهادة .

د - أية اتفاقية أو تعامل سابق بين المنشئ والطرف المعتمد .

هـ - أى عامل آخر ذو صلة .

المادة (٢٤) : ١- يجب على الموقع عند استخدام أداة إنشاء توقيع لإحداث توقيع له أثر قانونى مراعاة الآتى :

أ - أن يمارس عناية معقولة لتفادى استخدام أداة إنشاء توقيعه استخداما غير مصرح به .

ب - أن يقوم دون تأخير باستخدام الوسائل المتاحة له من قبل مقدم خدمات التصديق ، أو أن يبذل جهودا معقولة لإخطار أى شخص يتوقع أنه سيعتمد أو يقدم خدمات استنادا إلى التوقيع الإلكترونى فى الحالات الآتية :

١- إذا كان الموقع يعلم أن أداة إنشاء التوقيع قد تم الإخلال بها .

٢- إذا كانت الظروف المعلومة لدى الموقع تبعث على وجود شبهات كبيرة من احتمال تعرض أداة إنشاء التوقيع للإخلال بها .

ج - أن يبذل عناية معقولة عند استخدام شهادة لتعزيز التوقيع الالكترونى وذلك لضمان دقة واكتمال كل البيانات الجوهرية التى يدلى بها الموقع والتى لها صلة وثيقة بالشهادة طوال فترة سريانها أو تلك التى يتعين تضمينها فى الشهادة .

الفصل الخامس

السلطة المختصة

المادة(٢٥) : تتولى السلطة المختصة الاختصاصات التالية :

أ - إصدار التراخيص لممارسة خدمات التصديق وفقا للأحكام والشروط الواردة فى هذا القانون واللوائح والقرارات المنفذة له .

ب - تحديد رسوم استخراج التراخيص .

ج - استيراد أو الترخيص باستيراد أدوات التشفير اللازمة لأغراض خدمات التصديق أو التى تستخدمها الجهات الحكومية فيما عدا الجهات الأمنية .

د - ممارسة الرقابة والإشراف والتفتيش على أنشطة مقدمى خدمات التصديق والتحقق من أنهم يستخدمون مكونات مادية وبرمجيات وإجراءات آمنة ضد التدخل وسوء الاستعمال ، وأنهم يلتزمون بمستويات الأداء المقررة لضمان سرية وأمن التوقيعات الإلكترونية والشهادات .

هـ - تحديد المستويات لمقدمى خدمات التصديق .

و - تحديد المؤهلات والخبرات التى يتعين أن يحصل عليها موظفو مقدمى خدمات التصديق .

ز - تحديد الشروط التى يخضع لها عمل مقدمى خدمات التصديق .

ح - تسهيل تأسيس أية أنظمة إلكترونية بواسطة مقدم خدمات تصديق إما منفردا أو مع مقدمى خدمات تصديق آخرين .

المادة (٢٦) : للسلطة المختصة اتخاذ الإجراءات التى تراها مناسبة للمراقبة والإشراف على مدى التزام مقدمى خدمات التصديق بأحكام هذا القانون ، ولهذه السلطة أن تصل إلى أى نظام حاسب آلى أو أى جهاز أو بيانات أو أية مواد أخرى متصلة بذلك النظام ، بغرض إجراء التفتيش والمراقبة ولها أن تصدر أمرا لأى شخص مختص بأن يوفر لها المساعدة الفنية المعقولة وغيرها من المساعدات حسبما تراه ضروريا ، وعلى ذلك الشخص أن يلتزم بتنفيذ هذا الأمر .

المادة (٢٧) : للوزير أن يطلب من وزير العدل تخويل صفة الضبطية القضائية لموظفى السلطة المختصة وفقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية .

المادة (٢٨) : ١- يقدم طلب الترخيص بتقديم خدمات التصديق إلى السلطة المختصة على الاستمارة المعدة لذلك .

٢- لا يجوز إصدار ترخيص تقديم خدمات التصديق ما لم يستوف مقدم الطلب الشروط التى تحددها السلطة المختصة ويصدر بها قرار من الوزير .

٣- يكون الترخيص شخصيا وغير قابل للتحويل ويصدر لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد .

المادة (٢٩) : للسلطة المختصة إلغاء الترخيص ، بعد إجراء التحقيق اللازم مع مقدم خدمات التصديق فى الحالات الآتية :

أ - إذا قدم بيانا غير صحيح يتعلق بطلب منح أو تجديد الترخيص .

ب - إذا لم يلتزم بالضوابط والشروط المحددة لمنح الترخيص .

ج - إذا أخل بأى من الالتزامات الواردة فى المادة (٣٤) من هذا القانون أو اللوائح والقرارات التنفيذية الصادرة تنفيذا لأحكامه .

ويجب على مقدم خدمات التصديق الذى يلغى ترخيصه تسليم الترخيص إلى السلطة المختصة فور صدور قرار الإلغاء .

المادة (٣٠) : يجوز للسلطة المختصة إذا كان لديها سبب مقبول لإلغاء الترخيص إصدار أمر بإيقاف سريانه إلى حين اكتمال التحقيق الذى تأمر به على ألا تتجاوز مدة الإيقاف عشرة أيام .

ويجوز فى حالة الضرورة تجديد المدة بما لا يجاوز عشرة أيام أخرى بشرط إخطار مقدم خدمات التصديق قبل التجديد ليقدم ما قد يكون لديه من أسباب تحول دون ذلك ولا يجوز لمقدم خدمات التصديق أن يصدر أية شهادات خلال فترة الإيقاف .

المادة (٣١) : ١- عند إيقاف أو إلغاء ترخيص مقدم خدمات التصديق ، يجب على السلطة المختصة الإعلان عن ذلك فى قاعدة البيانات التى تحتفظ بها .

٢- يجب أن تكون قاعدة البيانات التى تحتوى على إعلان الايقاف أو الإلغاء متوفرة عبر موقع على الشبكة الإلكترونية يمكن الدخول إليه على مدى أربع وعشرين ساعة .

٣- يجوز للسلطة المختصة ، إذا رأت ذلك ضروريا ، أن تنشر محتويات قاعدة البيانات بوسيلة إلكترونية أخرى حسبما تراه مناسبا .

المادة (٣٢) : يجوز لذوى الشأن التظلم للوزير من قرارات رفض أو إيقاف أو إلغاء الترخيص ، ويكون للوزير إلغاء أو تعديل القرار المتظلم منه إذا وجدت مبررات لذلك ، وتحدد اللائحة التنفيذية مواعيد وإجراءات تقديم التظلم والبت فيه .

الفصل السادس

الأحكام المتعلقة بالشهادات وخدمات التصديق

المادة (٣٣) : يجب أن تبين الشهادة :

أ - هوية مقدم خدمات التصديق .

ب - أن الموقع يسيطر فى الوقت المعنى على أداة إنشاء التوقيع المشار إليها فى الشهادة .

ج - أن أداة إنشاء التوقيع كانت صحيحة وصالحة فى تاريخ إصدار الشهادة .

د - أية قيود على النطاق أو القيمة التى يجوز استخدام الشهادة فيها .

هـ - أية قيود على نطاق أو مدى المسؤولية التى يقبلها مقدم خدمات التصديق تجاه أى شخص .

و - أية بيانات أخرى تحددها السلطة المختصة .

المادة (٣٤) : يجب على مقدم خدمات التصديق أن يكون حاصلا على ترخيص بذلك من السلطة المختصة ويلتزم بما يأتي :

أ - أن يتصرف وفقا للبيانات التي يقدمها فيما يتعلق بممارساته .

ب - أن يتحقق من دقة واكتمال كل البيانات الجوهرية التي تضمنتها الشهادة أثناء مدة سريانها .

ج - أن يوفر وسائل يكون من الممكن الوصول إليها وتمكين الطرف الذي يعتمد على خدماته من التأكد مما يلي :

١ - هوية مقدم خدمات التصديق .

٢ - أن الشخص المعينة هويته في الشهادة لديه السيطرة في الوقت المعني على أداة التوقيع المشار إليها في الشهادة .

٣ - الطريقة المستخدمة في تعيين هوية الموقع .

٤ - وجود أية قيود على الغرض أو القيمة التي يجوز أن تستخدم أداة التوقيع أو الشهادة من أجلها .

٥ - صحة أداة التوقيع وعدم تعرضها لما يثير الشبهة .

٦ - الوسيلة المناسبة للإبلاغ عن الإلغاء .

د - أن يوفر للموقع وسيلة تمكنه من الإبلاغ في حالة تعرض أداة إنشاء التوقيع للإخلال ، وأن يضمن توفير خدمة لإلغاء التوقيع يمكن استخدامها في الوقت المناسب .

هـ - أن يستخدم في أداء خدماته نظما وإجراءات وموارد بشرية جديرة بالثقة مع الأخذ في الاعتبار العوامل الآتية :

١ - الموارد المالية والبشرية .

٢ - أجهزة وبرامج أنظمة حاسب آلي موثوق بها .

٣ - إجراءات الشهادات وطلبات الحصول على الشهادات والاحتفاظ بالسجلات .

٤ - توفير المعلومات الخاصة بالموقعين المعرفين في الشهادات وتوفير المعلومات للأطراف الذين يحتمل أن يعتمدوا على خدمات التصديق .

٥ - انتظام ومدى تدقيق الحسابات بواسطة جهة مستقلة .

المادة (٣٥) : ١ - إذا حدث ضرر نتيجة لعدم صحة الشهادة أو لأنها معيبة نتيجة لخطأ أو إهمال مقدم خدمات التصديق ، فإنه يكون مسؤولا عن الضرر الناتج عن ذلك سواء بالنسبة للطرف الذى تعاقد معه لتقديم الشهادة ، أو أى شخص يكون قد اعتمد بدرجة معقولة على الشهادة .

٢ - لا يكون مقدم خدمات التصديق مسؤولا عن أى ضرر إذا أثبت أنه لم يرتكب أى خطأ أو إهمال أو أن الضرر كان ناشئا عن سبب خارج عن إرادته .

المادة (٣٦) : على مقدم خدمات التصديق :

١ - تعليق العمل بالشهادة فورا بناء على طلب صاحبها أو إذا تبين له أو كان هناك ما يحمله على الاعتقاد بأن :

أ - الشهادة قد سلمت على أساس معلومات خاطئة أو مزيفة .

ب - أداة التوقيع كانت منتهكة .

ج - الشهادة قد استخدمت لأغراض التدليس .

د - المعلومات المضمنة فى الشهادة قد تغيرت .

٢ - إبلاغ صاحب الشهادة على الفور عند تعليق العمل بالشهادة وأسباب ذلك الإجراء .

٣ - أن يرفع التعليق فورا إذا رجع صاحب الشهادة عن طلب التعليق أو عند ثبوت صحة المعلومات المضمنة فى الشهادة ومشروعية استعمالها .

٤ - لصاحب الشهادة أو أى طرف ثالث صاحب مصلحة أن يعترض على قرار التعليق الصادر من مقدم خدمات التصديق .

المادة (٣٧) : على مقدم خدمات التصديق إلغاء الشهادة فورا فى الحالات الآتية :

أ - إذا طلب صاحب الشهادة إلغاءها .

ب - إذا علم بوفاة الشخص أو حل أو تصفية الشخص الاعتبارى صاحب الشهادة .

ج - إذا تأكد بعد الفحص الدقيق من صحة الأسباب التى استند إليها فى تعليق العمل بالشهادة .

المادة (٣٨) : يتحمل مقدم خدمات التصديق المسؤولية عن الضرر الناتج عن تقصيره فى اتخاذ إجراءات تعليق أو إلغاء الشهادة وفقا لأحكام المادتين (٣٦) و (٣٧) من هذا القانون .

المادة (٣٩) : يتولى مقدم خدمات التصديق مسؤولية إيداع كل المفاتيح العامة الصادرة وفقا لأحكام هذا القانون وأن يحتفظ بقاعدة بيانات فى جهاز حاسب آلى تحتوى على كل المفاتيح العامة بطريقة تجعل قاعدة البيانات والمفاتيح العامة متاحة لأى فرد من الجمهور .

المادة (٤٠) : لا يجوز لأى شخص أن ينشر شهادة تشير إلى مقدم خدمات تصديق مدرج فى الشهادة إذا كان ذلك الشخص يعلم :

أ - أن مقدم خدمات التصديق المسمى فى الشهادة لم يصدرها .

ب - أن الموقع المدرج اسمه فى الشهادة لم يقبلها .

ج - أن الشهادة قد علقت أو ألغيت .

ويجوز النشر إذا كان ذلك بغرض التحقق من التوقيع الإلكترونى قبل ذلك التعليق أو الإلغاء .

المادة (٤١) : ١ - على مقدم خدمات التصديق الذى يرغب فى ايقاف نشاطه أن يخطر السلطة المختصة بذلك قبل تاريخ إيقاف النشاط بثلاثة أشهر على الأقل .

٢ - لمقدم خدمات التصديق أن يحول جزءا من نشاطه لمقدم خدمات تصديق آخر بشرط :

أ - إعلام أصحاب الشهادات السارية بنيته فى تحويل الشهادات لمقدم خدمات تصديق آخر قبل شهر على الأقل من تاريخ التحويل المتوقع .

ب - إعلام أصحاب الشهادات بحقهم فى رفض التحويل المتوقع وكذلك آجال وطرق الرفض ، وتلغى الشهادات التى يعبر أصحابها عن رفضهم التحويل كتابة أو إلكترونيا فى خلال ذلك الأجل

٣ - فى حالـة وفـاة أو إفلاس أو تصفية مقدم خدمات التصـديق يخضع ورثته أو المصفون للبند (٢) من هذه المادة على أن يتم تحويل النشاط بالكامل خلال ثلاثة أشهر على الأكثر .

٤ - فى جميـع حـالات وقـف النشـاط يجب إتلاف المعلومات الشخصية التى بقيت تحت سيطرة مقـدم خدمات التصديق وذلك بحضور ممثل للسلطة المختصة .

المـادة (٤٢) : ١ - لتقرير صحة ونفاذ الشهادة أو التوقيع الإلكترونى ، لا يعتد بالمكان الذى صدرت فيه الشهادة أو التوقيع الإلكترونى ، ولا بدائرة الاختصاص التى يوجد فيها مقر عمل مصدر الشهادة أو التوقيع الإلكترونى .

٢ - تعتبر الشهادات التى يصدرها مقدم خدمات تصديق أجنبى مساوية للشهادات التى يصدرها مقدمو خدمات التصديق الذين يعملون بموجب هذا القانون إذا كانت ممارسات مقدمى خدمات التصديق الأجانب يتوفر لها مستوى من المصداقية لا يقل عن المستوى المطلوب من مقدمى خدمات التصديق الخاضعين لأحكام هذا القانون مع الأخذ فى الاعتبار الممارسات العالمية المعترف بها .

٣ - لا يجوز الاعتراف بالشهادات التى يصدرها مقدم خدمات تصديق أجنبى إلا بقرار من الوزير .

٤ - لتقرير نفاذ الشهادة أو التوقيع الإلكترونى ، يتعين الاعتداد بأى اتفاق بين الأطراف فيما يتعلق بالمعاملة التى يستخدم فيها ذلك التوقيع أو الشهادة أو فيما يتعلق بوجوب استخدام مقدم خدمات تصديق معين أو فئة معينة من مقدمى خدمات التصديق أو نوع معين من الشهادات فيما يتصل بالرسائل الإلكترونية أو التوقيعات التى تقدم إليهم وذلك بشرط ألا يكون مثل هذا الاتفاق مخالفا للقوانين المعمول بها فى السلطنة .

الفصل السابع

حماية البيانات الخاصة

المادة (٤٣) : يجوز لأية جهة حكومية أو مقدم خدمات تصديق أن يجمع بيانات شخصية مباشرة من الشخص الذى تجمع عنه البيانات أو من غيره بعد الموافقة الصريحة لهذا الشخص ، وذلك فقط لأغراض إصدار شهادة أو المحافظة عليها أو تسهيل ذلك . ولا يجوز جمع البيانات أو معالجتها أو استخدامها لأى غرض آخر دون الموافقة الصريحة للشخص المجموعة عنه البيانات .

واستثناء من الفقرة السابقة يكون الحصول على البيانات الشخصية أو الإفصاح عنها أو توفيرها أو معالجتها ، مشروعا فى الحالات الآتية :

أ - إذا كانت ضرورية لغرض منع أو كشف جريمة بناء على طلب رسمى من جهات التحقيق .

ب - إذا كانت مطلوبة أو مصرحا بها بموجب أى قانون أو كان ذلك بقرار من المحكمة .

ج - إذا كانت البيانات ضرورية لتقدير أو تحصيل أية ضريبة أو رسوم .

د - إذا كانت المعالجة ضرورية لحماية مصلحة حيوية للشخص المجموعة عنه البيانات .

المادة (٤٤) : مع مراعاة الفقرة الثانية من المادة السابقة ، يتعين على مقدم خدمات التصديق اتباع الإجراءات المناسبة لضمان سرية البيانات الشخصية التى فى عهدته فى سياق القيام بواجباته ولا يجوز له إفشاء أو تحويل أو إعلان أو نشر تلك البيانات لأى غرض مهما كان إلا بموافقة مسبقة من الشخص الذى جمعت عنه البيانات .

المادة (٤٥) : يجب على أى شخص يسيطر على بيانات شخصية بحكم عمله فى معاملات إلكترونية ، قبل معالجة تلك البيانات ، إعلام الشخص الذى جمعت عنه بواسطة إشعار خاص بالإجراءات التى يتبعها لحماية البيانات الشخصية ، ويجب أن تتضمن هذه الإجراءات تحديد هوية

المسؤول عن المعالجة وطبيعة البيانات والغرض من معالجتها وطرق ومواقع المعالجة وكل المعلومات الضرورية لضمان معالجة مأمونة للبيانات .

المادة (٤٦) : يجب على مقدم خدمات التصديق ، بناء على طلب من الشخص الذى جمعت عنه البيانات ، تمكينه فور ذلك من النفاذ إلى البيانات الشخصية وتحديثها ، ويشمل هذا الحق الدخول إلى جميع مواقع البيانات الشخصية المتعلقة بالشخص الذى جمعت عنه وعليه وضع وسائل التقنية المناسبة لتمكينه من ذلك بطريقة إلكترونية .

المادة (٤٧) : يحظر على مستخدمى البيانات الشخصية التي جمعت وفقا للمادة (٤٣) من هذا القانون إرسال وثائق إلكترونية إلى الشخص الذى جمعت عنه البيانات إذا كان يرفض قبولها صراحة .

المادة (٤٨) : لا يجوز معالجة بيانات شخصية بواسطة أى مسيطر على البيانات إذا كانت تلك المعالجة تسبب ضررا للأشخاص الذين جمعت عنهم البيانات أو تنال من حقوقهم أو حرياتهم .

المادة (٤٩) : عندما يتعين تحويل البيانات الشخصية إلى خارج السلطنة يجب أن يؤخذ فى الاعتبار المستوى الكافى من الحماية لهذه البيانات وبصفة خاصة ما يلى :

أ - طبيعة البيانات الشخصية .

ب - مصدر المعلومات المضمنة فى البيانات .

ج - الأغراض المراد معالجة البيانات من أجلها ومدتها .

د - الدولة التى يتم تحويل البيانات إليها والتزاماتها الدولية والقانون المطبق فيها .

هـ - القواعد ذات الصلة المطبقة فى هذه الدولة .

و - الإجراءات الأمنية المتخذة لحماية البيانات فى هذه الدولة .

الفصل الثامن

الاستخدام الحكومى للسجلات والتوقيعات الإلكترونية

المادة (٥٠) : يجوز للحكومة أن تقوم بالمهام التالية باستخدام السجلات والتوقيعات الالكترونية :

أ - قبول إيداع أو تقديم أو إنشاء أو حفظ مستندات .

ب - إصدار أى إذن أو ترخيص أو قرار أو موافقة .

ج - قبول الرسوم أو أية مدفوعات .

د - طرح المناقصات وتسلم العطاءات المتعلقة بالمشتريات الحكومية .

المادة (٥١) : يجوز للحكومة إذا قررت تنفيذ أى من المهام المذكورة فى المادة السابقة الكترونيا أن تحدد :

أ - الطريقة والشكل الذى يتم بواسطته إنشاء أو إيداع أو حفظ أو تقديم أو إصدار تلك السجلات .

ب - الطريقة والشكل والكيفية والإجراءات التى يتم بها طرح المناقصات وتسلم العطاءات وإنجاز المشتريات الحكومية .

ج - نوع التوقيع الإلكترونى المطلوب بما فى ذلك اشتراط أن يستخدم المرسل توقيعا إلكترونيا محميا آخر .

د - الطريقة والشكل اللذين يتم بهما تثبيت ذلك التوقيع الإلكترونى على السجل والمعيار الذى يجب أن يستوفيه مقدم خدمات التصديق الذى تقدم إليه السجلات للإيداع أو الحفظ .

هـ - عمليات وإجراءات الرقابة المناسبة للتحقق من سلامة وأمن وسرية السجلات الإلكترونية أو المدفوعات أو الرسوم .

و - أية مواصفات أو شروط أو أحكام أخرى لإرسال المستندات الورقية ، إذا كان ذلك مطلوبا فيما يتعلق بالسجلات الإلكترونية الخاصة بالمدفوعات والرسوم .

الفصل التاسع

العقوبـات

المادة(٥٢) : مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون الجزاء العمانى أو أى قانون آخر، يعاقب بالسجن لمدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تتجاوز - /٥٠٠٠ ر.ع (خمسة آلاف ريال عمانى) أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من :

١- تسبب عمدا فى تعديل غير مرخص به فى محتويات أى حاسب آلى بقصد إضعاف فاعليته أو منع أو تعويق الدخول إلى أى برنامج أو بيانات محفوظة فيه أو إضعاف فاعلية ذلك البرنامج أو إضعاف الاعتماد على تلك البيانات إذا تم ذلك التعديل بإحدى الطرق الآتية :

أ - شطب أى برنامج أو بيانات محفوظة فى الحاسب الآلى .

ب - إضافة أى برنامج أو بيانات إلى محتويات الحاسب الآلى .

ج - أى فعل يسهم فى إحداث ذلك التعديل .

٢- اخترق جهاز حاسب آلى أو منظومة حاسبات آلية أو موقع على الانترنت أو شبكة انترنت وترتب على ذلك :

أ - تعطيل أنظمة تشغيل جهاز الحاسب الآلى أو منظومة الحاسبات الآلية .

ب - إتلاف برامج الحاسب الآلى أو الحاسبات الآلية وما تحتويه من معلومات . .

ج - سرقة المعلومات .

د - استخدام المعلومات التى تتضمنها مخرجات الحاسبات الآلية فى أغراض غير مشروعة .

هـ - إدخال معلومات غير صحيحة .

٣- دخل بطريق الغش إلى نظام معلومات أو قاعدة بيانات بغرض العبث بالتوقيعات الإلكترونية .

٤- قام بطريقة غير مشروعة بكشف مفاتيح لفض التشفير أو فض تشفير معلومات مودعة لديه .

٥ - استعمل بصفة غير مشروعة عناصر تشفير شخصية متعلقة بتوقيع غيره .

٦ - اخترق أو اعترض معلومات أو بيانات مشفرة أو قام بفض شفرتها عمدا دون مسوغ قانونى ، وتضاعف العقوبة إذا كانت المعلومات أو البيانات تتعلق بسر من أسرار الدولة .

٧ - قام عمدا بفض معلومات أو بيانات مشفرة بأية طريقة فى غير الأحوال المصرح بها قانونا .

٨ - قام عمدا بإنشاء أو نشر شهادة أو زود بمعلومات إلكترونية غير صحيحة لغرض غير مشروع .

٩ - قدم بيانات غير صحيحة عن هويته أو تفويضه لمقدم خدمات التصديق بغرض طلب إصدار أو إلغاء أو تعليق شهادة .

١٠- قام عمدا - بغير سند قانونى - بكشف بيانات سرية تمكن من الوصول إليها بما له من سلطات بموجب هذا القانون أو أى قانون آخر .

١١- مارس نشاط مقدم خدمات تصديق بدون ترخيص .

١٢- استعمل بصفة غير مشروعة أداة إنشاء توقيع متعلقة بتوقيع شخص آخر .

١٣- قام بالدخول غير المشروع إلى حاسب آلى بقصد ارتكاب جريمة أو تسهيل ارتكاب جريمة سواء بواسطته أو بواسطة شخص آخر .

١٤- زور سجلا إلكترونيا أو توقيعا إلكترونيا أو استعمل أيا من ذلك مع علمه بتزويره .

١٥- قام عمدا بطريقة غير مشروعة بنشر أو تسهيل نشر أو استعمال سجل إلكترونى أو توقيع إلكترونى أو فض شفرته . وتضاعف العقوبة إذا كان مرتكب الجريمة أمينا على ذلك السجل أو التوقيع بمقتضى مهنته أو وظيفته .

المادة (٥٣) : مع عدم الاخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون الجزاء العمانى أو أى قانون آخر يعاقب بالسجن لمدة لا تتجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تتجاوز ١٥٠٠/- ر.ع (ألف وخمسمائة ريال عمانى) أو بإحدى هاتين العقوبتين :

١- كل من صنع أو حاز أو حصل على نظام معلومات أو برنامج لإنشاء توقيع إلكترونى دون موافقة صاحب ذلك التوقيع صراحة .

٢- كل صاحب مفتاح تشفير رفض تسليمه للموظف الذى تحدده السلطة المختصة بعد الافصاح عن هويته .

٣- كل مقدم خدمات تصديق أو أحد العاملين لديه رفض تقديم تسهيلات للسلطة المختصة أو لأى من موظفيها للقيام بالمراقبة أو الإشراف أو التفتيش على أى نظام حاسب آلى أو جهاز ببيانات أو مواد أخرى متصلة بنظام الحاسب الآلى بمقر مقدم خدمات التصديق .

المادة (٥٤) : فى حالة الإدانة بموجب أحكام هذا القانون، تحكم المحكمة بالإضافة إلى أية عقوبة أخرى بمصادرة الأدوات التى استعملت فى ارتكاب الجريمة

قـانـون المعـامـلات الإلـكترونيـة لسـنة 2007

عملاً بأحكام دستور جمهورية السودان الانتقالي لسنه 2005 ، أجاز المجلس الـوطني وو قع رئيس الجمهورية القانون الآتي نصه :ــ

الفصل الأول

أحكام تمهيدية

إسم القانون وبدء العمل به

1ـــ يسمى هذا القانون ، " قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2007 " ، ويعمل به من تاريخ التوقيع عليه .

تفسير

2ـــ في هذا القانون ، ما لم يقتض السياق معنى آخر :ـــ

" المعاملات الالكترونية " يقصد بها العلاقات والتصرفات المالية والأحوال الشخصية وسائر المسائل القانونية غير الجنائية بما في ذلك التصرفات الفردية أو العقود التي يتم إبرامها أو تنفيذها كلياً أو جزئياً عن طريق رسالة البيانات الالكترونية ،

" رسالة البيانات " يقصد بها المعلومات التي يتم إنتاجها أو إرسالها أو إستلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بصرية أو وسائل تقنية أخرى بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي ،

" المعلومات " يقصد بها البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات والرموز وقواعد البيانات وبرامج الحاسوب وما شابه ذلك ،

" السجل الإلكتروني " يقصد به القيد أو العقد أو رسالة البيانات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخرينها بوسائل إلكترونية ،

" السجل الكتروني " يقصد به القيد أو العقد أو رسالة البيانات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية ،

" السند الإلكتروني " يقصد به المستند الذي يتم إنشاؤه أو تخزينه أو إستخراجه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو إستلامه بوسيلة إلكترونية

على وسيط ملموس أو على أى وسيط إلكترونى آخر ويكون قابل للإسترجاع بشكل يمكن فهمه ،

" التوقيع الرقمى " يقصد به التوقيع الذى يتم إنشاؤه و إرساله وإستقباله وتخزينه بوسيلة إلكترونية ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات يكون لها طابع متفرد ويسمح بتحديد هوية وتمييز شخصية الموقع عن غيره ،

" أداة التوقيع " يقصد بها أى جهاز أو أى بيانات إلكترونية معدة بشكل مميز للعمل بطريقة مستقلة أو بالإشتراك مع أجهزة بيانات أخرى وذلك لوضع رقمى محدد لشخص معين وتشمل هذه العملية أى أنظمة أو أجهزة تنتج أو تلتقط بيانات مميزة كالرموز أو المناهج الحسابية أو الحروف أو الأرقام أو المفاتيح الخصوصية أو أرقام تعريف الشخصية أو أى خواص شخصية أخرى ،

" التشفير " يقصد به إستعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير أو إستعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إليها من قبل الغير أو إستعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها ،

" إجراءات التوثيق " يقصد بها الإجراءات المتبعة للتأكد من أن التوقيع أو السجل الإلكترونى قد تم تنفيذه من شخص معين أو لتتبع التغييرات والأخطاء التى حدثت فى سجل إلكترونى بعد إنشائه بما فى ذلك إستخدام وسائل التحليل للتعرف على الرموز والكلمات والأرقام وفك التشفير والإستعانة العكسية وأى وسيلة أو إجراءات أخرى تحقق الغرض ،

" اللجنة " يقصد بها اللجنة القومية للمصادقة الإلكترونية ،

" الشخص الموثق" يقصد به أى شخص طبيعى أو معنوى يصرح له حسب للتوقيع طبيعة الموضوع أن يصدر شهادات تؤكد توثيق التوقيع الرقمى وذلك للتأكد من أن ذلك التوقيع صادر من الشخص المعنى ،

" الوسيط الإلكترونى " برنامج الحاسوب أو أى وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخصى ،

" مستقبل الرسالة أوالمرسل إليه " يقصد به الشخص الذى قصد منشئ الرسالة تسليمه المعلومات التى تتضمنها ،

" منشئ الرسالة أو المرسل " يقصد به الشخص الذى يقوم بنفسه أو من ينيبه بإنشاء رسالة البيانات وإرسالها قبل تخزينها ،

" شهادات التوثيق " يقصد بها الشهادات التى تصدر من الشخص المرخص له بالتوثيق لإثبات نسبة التوقيع الرقمى الى شخص معين إستناداً الى إجراءات التوثيق المعتمدة ،

" نقل البيانات " يقصد بها نقل وتبادل البيانات إلكترونياً بين طرفين أو أكثر ،

" الموقع " يقصد به أى شخص حائز على أداة توقيع رقمى خاص به من الشخص الموثق ويقوم بالتوقيع بشخصه أو عن طريق وكيل له على رسالة وذلك بإستخدام هذه الأداة ،

" نظام معالجة البيانات " يقصد به أى نظام إلكترونى يستخدم لإنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو تسليمها أو معالجتها أو تخزينها أو تجهيزها على أى وجه آخر ،

" وسيلة الدفع الإلكتروني" يقصد بها الوسيلة التى تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر، كلياً أو جزئياً عن بعد عبر الشبكات . وتشمل تلك الوسائل الشيك الإلكتروني، وصورة الشيك أو بطاقات الدفع و غيرها من الوسائل.

" الوزير المختص " يقصد به الوزير الذى يحدده رئيس الجمهورية ،

" الوسيط " هو الشخص أو الجهة التى يقوم نيابة عن أي جهة أخرى في إرسال أو إستلام أو تخزين رسالة البيانات أو تقديم خدمات أخرى فيما تتعلق برسالة البيانات ،

" مقر العمل " يقصد به الموقع الذي يمارس فيه الشخص نشاطه العادي، ويشمل الموقع الإلكتروني الذي تم الإتفاق عليه بين منشئ الرسالة الإلكترونية ومستقبلها،

" رمز التعريف " يقصد به الرمز الذى يخصصه الشخص المرخص له لتوثيق المعاملات الإلكترونية للشخص المعنى لإستعماله من المرسل إليه أو بواسطة المرسل إليه من أجل تمييز رسائل البيانات الصادرة عن ذلك الشخص من غيرها ،

" مؤسسة مالية " يقصد بها البنك المرخص له أو المؤسسة المالية المصرح لها بالمعاملات المالية وفق أحكام القوانين النافذة ،

" صك الكتروني " يقصد به ورقة مالية أو تجارية قابلة للتداول الكترونيا ."

الفصل الثاني

التعاقد الإلكتروني

الإعلان والتعبير عن الإرادة

3ـ تعتبر رسالة البيانات وسيلة :ـ

(أ) للإعلان عن تقديم خدمة أو سلعة ،

(ب) للتعبير كلياً أو جزئياً عن الإرادة لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء إلتزام تعاقدي .

صحة العقود الإلكترونية

4ـ (1) تكون العقود الإلكترونية صحيحة ونافذة عند ارتباط الإيجاب بالقبول عبر رسالة البيانات التي يتبادل فيها المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين على وجه يثبت أثرهـ في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر .

(2) على الرغم من نص البند (1) يجوز لطرفي العقد أن يتفقا على أن يكون العقد صحيحاً ونافذاً إذا تم التعبير عن الإرادة جزئياً عبر رسالة البيانات .

صدور الإيجاب ووصوله

5- ما لم يتفق طرفا العقد على غير ذلك ، يعتبر الإيجاب :ـ

(أ) قد صدر عبر رسالة البيانات عند إرسالها أو إدخالها في نظام معلومات لا تخضع لسيطرة منشئ الرسالة أو من ينوب عنه .

(ب) قد استلم بواسطة المرسل إليه عند دخول رسالة البيانات نظام معلومات سبق واتفق بين طرفي العقد على إستخدامه أو دخل نظام المعلومات المرسلة إليه .

صدور القبول ووصوله

6ـ ما لم يتفق طرفا العقد على غير ذلك يعتبر القبول :ـ

(أ) قد صدر عبر رسالة البيانات وقت دخولها لنظام معلومات لا يخضع لسيطرة منشئ الرسالة أو من ينوب عنه ،

(ب) قد استلم بواسطة المرسل إليه عند دخول رسالة البيانات نظم معلومات سبق واتفق بين طرفي العقد على إستخدامه أو دخل نظام معلومات للمرسل إليه .

الفصل الثالث

المعاملات غير العقدية

التصرف بالإرادة المنفردة

7ـ تكون لرسالة البيانات التي تتضمن تصرفاً بالإرادة المنفردة على النحو المفصل في قانون المعاملات المدنية الحجة القانونية المقررة للمستند الرسمي متى صدرت بتوقيع رقمي معتمد .

الفصل الرابع

التوقيع الرقمي والحجية

الأثر القانوني للتوقيع الرقمي

8ـ (1) لا ينكر الأثر القانوني للتوقيع الرقمي من حيث صحته وإمكان العمل بموجبه لمجرد وروده كلياً أو جزئياً في شكل إلكتروني .

(2) إذا أوجب القانون التوقيع على مستند ، أو رتب أثراً قانونياً على خلوه من التوقيع ، فإنه إذا استعمل سجل إلكتروني في هذا الشأن ، فإن التوقيع الرقمي عليه يفي بمتطلبات هذا القانون .

(3) إذا عرض بصدد أية إجراءات قانونية ، توقيع رقمي مقرون بشهادة معتمدة لأي شخص ، يكون ذلك التوقيع معادلا لتوقيعه اليدوي إذا :-

(أ) استخدمت آلية لتحديد هوية ذلك الشخص و التدليل على موافقته على المعلومات الواردة في رسالة البيانات الإلكترونية ،

(ب) كانت تلك الآلية مما يعتمد عليه بالقدرالمناسب للغرض الذي أنشئت من أجله رسالة البيانات الإلكترونية في ضوء الظروف بما في ذلك أي اتفاق آخرمتصل بذلك الشخص .

(4) إذا لم يتم وضع التوقيع الإلكتروني بإستعمال شهادة معتمدة ، فإن قرينة الصحة المقررة بموجب أحكام البند السابق لا تلحق أياً من التوقيع أو السجل الإلكتروني.

سرية المعلومات

9ـ (1) تكون بيانات التوقيع الإلكتروني والوسائط الإلكترونية والمعلومات التي تقدم إلى الجهة المرخص لها بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني سرية، ولا يجوز لمن قدمت إليه أو اتصل بها بحكم عمله أفشاؤها للغير أو إستخدامها في غير الغرض الذي قدمت من أجله.

(2) يجب على مقدم الخدمة الحائز على نظام معالجة البيانات إتخاذ التدابير والإجراءات التي تكفل حماية وتأمين المعلومات بكافة الوسائل والتقانات المتاحة .

الأثر القانوني للسجلات الإلكترونية

10- (1) لا ينكر الأثر القانوني للمعلومات الواردة في السجلات الإلكترونية ، من حيث صحتها وإمكان العمل بمقتضاها ، لمجرد ورودها كلياً أو جزئياً في شكل سجل إلكتروني أو الإشارة إليها في هذا السجل .

(2) إذا أوجب القانون أن تكون المعلومات ثابتة بالكتابة ، أو رتب أثراً قانونياً على عدم الإلتزام بذلك ، فإن ورود المعلومات في سجل إلكتروني يفي بمتطلبات هذا القانون بشرط أن تكون المعلومات قابلة للوصول إليها وإستخراجها لاحقاً عن طريق البث أو الطباعة أو غير ذلك .

(3) إذا أوجب القانون أن تكون المعلومات المقدمة إلى شخص آخر ثابتة بالكتابة ، فإن تقديمها في شكل سجل إلكتروني يفي بهذا الغرض إذا توافرت الشروط الآتية :-

(أ) أن يتمكن المرسل إليه من الدخول على هذه المعلومات وإستخراجها لاحقاً سواء عن طريق البث أو الطباعة أو غير ذلك ،

(ب) أن يتمكن المرسل إليه من حفظ هذه المعلومات ، بما يمكنه من التحقق من منشأ رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت وصولها وإرسالها واستقبالها .

(4) يراعى في تقدير حجية السجل الإلكتروني في الإثبات ، عند النزاع في سلامته ما يلي :-

(أ) مدى الثقة في الطريقة التي تم بها إنشاء أو حفظ أو بث السجل الإلكتروني ،

(ب) مدى الثقة في الطريقة التي تم بها توقيع السجل الإلكتروني ،

(ج) مدى الثقة في الطريقة التي استعملت في المحافظة على سلامة المعلومات التي تضمنها السجل الإلكتروني ،

(د) أية أمور أخرى ذات علاقة بسلامة السجل الإلكتروني .

الفصل الخامس

الصكوك الإلكترونية

الصك الإلكتروني القابل للتداول

11ـ يكون الصك الإلكتروني قابلاً للتداول إذا انطبقت عليه شروط الصك القابل للتداول وفقاً لقانون بنك السودان المركزي .

حجية الوفاء الإلكتروني ووسائله

12ـ (1) يكون الوفاءالإلكتروني بأي وسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني التالية حجة على الكافة .

(2) تكون وسائل الدفع الإلكتروني كالآتي :-

(أ) الشيك الإلكتروني .

(ب) بطاقة الدفع الإلكترونية .

(ج) أي وسائل دفع أخرى يعتمدها بنك السودان المركزي بأوامر منه .

إلتزامات المؤسسات المالية

13ـــ على كل مؤسسة مالية تمارس أعمال التحويل الإلكتروني للأموال وفقـــا لأحكـــام هـــذا القانون ، التقيد بكافة القوانين المتعلقة بالعمل المصرفي والإجراءات والــضوابط التـــى يصدرها بنك السودان المركزي .

الفصل السادس

اللجـــــنة

انشاء اللجنة ومقرها والإشراف عليها

14ـــ (1) تنشأ لجنة تسمى ، " اللجنة القومية للمصادقة الإلكترونية " وتكون لها شخصية إعتبارية .

(2) يتم تشكيل اللجنة بقرار من مجلس الوزراء بتوصية من الوزير المختص مـــن رئيس وعدد من الأعضاءعلى أن يراعى فى تشكيلها تمثيل وزارة الداخليـــة ، العدل ، بنك السودان المركزي وكافة الجهات المختـــصة والقطـــاع الخـــاص ومنظمات المجتمع المدنى والخبرات الوطنية فى هذا المجال .

(3) يكون مقر اللجنة بالخرطوم .

(4) تخضع اللجنة لإشراف الوزير المختص .

إختصاصات اللجنة وواجباتها

15ـــ (1) تكون اللجنة هى السلطة الإدارية العليا لوضع أسس التصديق لأى جهـــة تراهـــا مؤهلة لمزاولة العمل في إعتماد التوقيع الرقمي وإصدار الشهادة اللازمة وخدمات التصديق ، مع عدم الإخلال بعموم ما تقدم يكون للجنة الإختصاصات والسلطات الأتية :ـــ

(أ) القيام بعملية التصديق لمزاولة العمل في إعتماد التوقيع الرقمـــى بعـــد التأكد من القدرات الفنية والمادية لمقدم الطلب والتحرى عنها ،

(ب) وضع النظم والضوابط التى تنظم التشفير والتأمين والمراجعة الدورية،

(ج) إصدار القرارات لتحديد مسئولية الجهة المرخص لهـــا عنـــد إخلالهـــا بواجبات الحيطة والحذر اللازمة لحماية صاحب الشهادة ،

(د) سحب الترخيص وأى إجراء آخر إذا لم تلتزم الجهـــة المـــرخص لهـــا بمزاولة العمل حسب القواعد والتوجيهات اللازمة التي تصدرها اللجنة،

(هـ) متابعة ودراسة التطورات العالمية والإقليمية فـــي مجـــال المـــصادقة الإلكترونية والعمليات المصاحبة لها ،

(و) تسهيل تبادل المعلومات مع أطراف أجنبية بموجب إتفاقيات تبرمها مع تلك الأطراف بغرض تبادل الإعتراف بالشهادات الصادرة في السودان وفى الدول الأخرى ،

(ز) تحديد الجهات الخارجية المماثلة بغرض التعامل معها في قبول الشهادات الصادرة من الجهات المحلية المرخص لها .

(ح) التوصية للوزير المختص بإصدار اللوائح الخاصة بشروط الترخيص وتنظيم تقنية التوقيع الرقمي .

(ط) وضع لائحة لتنظيم أعمالها .

(2) يجوز للجنة أن تفوض أى من سلطاتها وإختصاصاتها لأى لجنة تشكلها ويحدد قرار تشكيلها سلطاتها وإختصاصاتها حسبما تراه مناسباً .

سكرتارية اللجنة

16ـ تكون للجنة سكرتارية برئاسة أمين من بين أعضائها تعينه اللجنة فى أول إجتماع لها.

إجتماعات اللجنة وقراراتها

17ـ تعقد اللجنة إجتماعاتها وتتخذ قراراتها بالكيفية التى تحددها اللائحة التى تصدرها لتنظيم أعمالها .

الشروط الواجب توفرها فى الشخص
أو الجهة المرخص لها

18ـ يجب أن تتوافر فى الجهة أو الشخص المرخص له لمزاولة العمل فى مجال إعتماد التوقيع وخدمات التصديق الشروط الآتية :ـ

(أ) أن يكون حسن السير والسلوك ولم يسبق إدانته بجريمة تتعلق بالشرف أو الأمانة ،

(ب) أن يكون الشخص أو الجهة المرخص لها أو من يعينه لإدارة العمل شخصاً مؤهلاً عملياً وعلمياً .

واجبات الشخص أو الجهة المرخص لها

19 ـ تكون واجبات الشخص أو الجهة المرخص لها بمزاولة العمل فى مجال إعتماد التوقيع وخدمات التصديق على النحو التالى :ـ

(أ) أن يلتزم بالتصرف وفقاً للبيانات التى منح بموجبها الترخيص ،

(ب) أن يقوم ببذل العناية اللازمة لضمان دقة وإكتمال كل ما يقدمه من بيانات جوهرية ذات صلة بالشهادة التى يصدرها ،

(ج) أن يوفر الوسائل اللازمة والتى تمكن الطرف الذى يعتمد على خدماته من التأكد من هوية مزود خدمات التصديق وأن لديه السيطرة التامة على أداة التوقيع المشار إليها فى الشهادة ،

(د) أن يوفر وسيلة للموقعين تمكنهم من إخطاره بأى عائق تتعرض له أداة التوقيع كما يضمن توفير خدمة إلغاء التوقيع فى الوقت المناسب ،

(هـ) أن يستخدم فى أداء خدماته نظم وإجراءات معتمدة وموارد بشرية مشهود لها بالكفاءة والخبرة وجديرة بالإعتماد عليها فى مثل هذا العمل ،

(و) أن يلتزم بكل القواعد والتوجيهات التى تصدرها اللجنة ،

(ز) أن يحتفظ بكل المستندات المتعلقة بالأشخاص المتعاملين معه ،

(ح) أن يحتفظ بالرسائل التي منحت بموجبها شهادة توثيق للفترة الزمنية ووفقا للتصنيف الذي تضعه اللجنة .

سلطات التحكيم والمحاكم

20ـ (1) في حالة نشوء نزاع بين اللجنة وطرف آخر يشكل وزير العدل هيئة للتحكيم .

(2) يجوز الطعن في قرارات هيئة التحكيم لدى المحكمة العليا القومية .

الفصل السابع

المالية والحسابات والمراجعة

الموارد المالية للجنة

21ـ تتكون الموارد المالية للجنة من :ـ

(أ) ما تخصصه لها الدولة من إعتمادات ،

(ب) مساهمات المؤسسات والأفراد ،

(ج) ما تحصل عليه من أموال نتيجة نشاطها أو المقابل من الأعمال والخدمات التي تؤديها ،

(د) ما تقترضه من أموال ،

(هـ) أى موارد أخرى تقبلها اللجنة .

موازنة اللجنة

22ـ تكون للجنة موازنة مستقلة تعد وفق الأسس المحاسبية السليمة التى تقررها الدولة من وقت لاخر ويجب على اللجنة أن ترفع للجهات المختصة قبل نهاية كل سنة مالية بوقت كاف الموازنة السنوية للإيرادات والمصروفات للسنة المالية القادمة وذلك للموافقة عليها .

إستخدام الموارد المالية للجنة

23ـ (1) تستخدم الموارد المالية للجنة في تحقيق أغراضها ومع عدم الإخلال بعموم ما تقدم تستخدم تلك الموارد في الآتى :ـ

(أ) دفع أجور العاملين باللجنة ومكافآت أعضاء اللجنة ،

(ب) أى بنود صرف أخرى تكون لازمة لتسيير أعمال اللجنة .

(2) تورد الفوائض المالية لوزارة المالية والاقتصاد الوطني .

حفظ الحسابات والدفاتر

24ـ (1) تقوم اللجنة بحفظ حسابات صحيحة ومستوفاة لأعمالها وفقاً للأسس المحاسبية السليمة وحفظ الدفاتر والسجلات المتعلقة بذلك .

(2) تودع اللجنة حساباتها في المصارف في حسابات جارية أو حسابات إيداع على أن يكون التعامل في تلك الحسابات والسحب منها وفقاً للكيفيــة التــي تحــددها اللجنة

المراجعـــة

25ـ يقوم ديوان المراجعة القومى بمراجعة حسابات اللجنة بعد نهاية كل سنة مالية .

بيان التقرير الختامى وتقرير ديوان

المراجعة العامة

26ـ ترفع اللجنة للوزير المختص سنوياً في مدة لا تجاوز ستة أشهر من نهاية السنة المالية بياناً بالحساب الختامى للجنة مصحوباً بتقرير من ديوان المراجعة القومى .

الفصل الثامن

أحكــام عامــة

المحكمة المختصة

27ـ تكون المحكمة العامة هى المحكمة المختصة بالنظر فى النزاعات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا القانون .

العقوبــات

28ـ (1) بالإضافة لأى عقوبة أخرى منصــوص عليها في أى قانون آخر يعاقب عند الإدانة كل من :ـ

(أ) (أولا) يكشف مفاتيح التشفير المودعة بمكتب التشفير ،

(ثانيا) يكشف معلومات مشفرة مخزنة طرفه غير الأحوال المــصرح بها ،

(ثالثا) يسيء إستخدام المعلومات المخزنة طرفه ، بالسجن لمدة لا تجاوز عشرة سنوات أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً .

(ب) (أولا) يستخدم نظام أو برنامج للحيلولة دون إتمام أى معاملات أو تجارة بالوسائل الإلكترونية وذلك بالتعديل فيها أو محو بياناتها أو إفسادها أو تدميرها أو بتعطيل أنظمتها ،

(ثانيا) يصنع أو يحوز أو يحصل على نظام أو برنامج لإعداد توقيع إلكترونى دون موافقة صاحب الشأن ،

(ثالثا) يزور أو يقلد محرراً أو توقيعاً إلكترونياً أو شهادة إعتماد توقيع إلكترونى أو يستعمل محرراً أو تعريفاً إلكترونياً مزوراً أو شهادة مزورة بإعتماد توقيع إلكترونى مع علمه بذلك ،

(رابعا) يطلع على معلومات سرية دون ترخيص أو يفشي تلك المعلومات ، بالسجن لمدة لا تجاوز إثنى عشرة سنة أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً .

(ج) يقدم معلومات غير صحيحة إلى أى جهة مرخص لها بمزاولة أعمال التوثيق بقصد إستخراج شهادة أو وقف سريانها أو إلغائها بالسجن لمدة لا تجاوز سبع سنوات أو الغرامة أو بالعقوبتين معاً ،

(د) يمارس أعمال التوثيق وتقديم الخدمات الإلكترونية بتقديم معلومات غير صحيحة في طلب التسجيل أو يفشي أسرار أي من عملائه أو يخالف الأنظمة والتعليمات التي تصدر إستناداً إلى هذا القانون ، بالسجن لمدة لا تجاوز عشر سنوات أو بالعقوبتين معاً :

(2) مع مراعاة عدم الإخلال بأى عقوبة أشد ينص عليها أى قانون آخر ، يعاقب كل من يرتكب فعلاً يمثل جريمة وفق أحكام أى قانون بإستخدام وسيلة إلكترونية بالسجن لمدة لا تجاوز سبع سنوات أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً .

تطبيق وإستثناء

29- (أ) تطبق أحكام قوانين المعاملات المدنية والإثبات والإجراءات المدنية فيما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون .

(ب) يستثنى من تطبيق أحكام هذا القانون أحكام الزواج والطلاق .

سلطة إصدار اللوائح

30ـ (1) يجوز للوزير المختص إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون .

(2) دون المساس بأحكام البند (1) يجوز أن تتضمن اللوائح المسائل الآتية :ـ

(أ)　شروط الترخيص ،

(ب)　الإجراءات التى تنظم التحكيم فى الدعاوى التى ترفع للجنة ،

(ج)　الإجراءات التى تنظم تقنية التوقيع الرقمى .

شهـــــادة

بهذا أشهد بأن المجلس الوطني قد أجاز " قانون المعاملات الالكترونية لسنة 2007 " في جلسته رقم ( ) من دورة الانعقاد الرابع بتاريخ 1428هـ الموافق 2007م ، كما قررت اللجنة الدائمة المشتركة للمجلسين في اجتماعها رقم ( ) بتاريخ 1428هـ الموافـق 2007م أن هـذا القانون لا يؤثر علي مصالح الولايـات .

أحمد إبراهيم الطاهر

رئيس المجلس الوطني

رئيس اللجنة

الدائمة المشتركة للمجلسين

أوفـق :

المشيـر :

عمر حسن أحمد البشير

رئيس الجمهورية

التاريخ　　1428هـ

الموافق　　2007م

قانون المعاملات الالكترونية الأردنى

قانون المعاملات الالكترونية رقم ٨٥ لسنة٢٠٠١

مادة -١-

يسمى هذا القانون (قانون المعاملات الالكترونية لسنة ٢٠٠١) ويعمل به بعد ثلاثة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

مادة-٢-

يكون للكلمات والعبارات التالية حيثما وردت في هذا القانون المعاني المخصصة لها ادناه ما لم تدل القرينة على غير ذلك :

المعاملات : اجراء ، او مجموعة من الاجراءات ، يتم بين طرفين او اكثر لانشاء التزامات على طرف واحد او التزامات تبادلية بين اكثر من طرف ويتعلق بعمل تجاري او التزام مدني او بعلاقة مع أي دائرة حكومية .

المعاملات الالكترونية : المعاملات التي تنفذ بوسائل الكترونية.

الالكتروني: تقنية استخدام وسائل كهربائية او مغناطيسية او ضوئية او الكترومغناطيسية او أي وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها .

المعلومات: البيانات والنصوص والصور والاشكال والاصوات والرموز وقواعد البيانات وبرامج الحاسوب وما شابه ذلك .

تبادل البيانات الالكترونية :نقل المعلومات الكترونيا من شخص الى اخر باستخدام نظم معالجة المعلومات.

رسالة المعلومات : المعلومات التي يتم انشاؤها او ارسالها او تسلمها او تخزينها بوسائل الكترونية او بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الكترونية او البريد الالكتروني او البرق او التلكس او النسخ البرقي .

السجل الالكتروني : القيد او العقد او رسالة المعلومات التي يتم انشاؤها او ارسالها او تسلمها او تخزينها بوسائل الكترونية.

العقد الالكتروني : الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية . كليا او جزئيا.

التوقيع الالكتروني : البيانات التي تتخذ هيئة حروف او ارقام او رموز او اشارات او غيرها وتكون مدرجة بشكل الكتروني او رقمي او ضوئي او أي وسيلة اخرى مماثلة في رسالة معلومات او مضافة عليها او مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من اجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه .

نظام معالجة المعلومات : النظام الالكتروني المستخدم لانشاء رسائل المعلومات او ارسالها او تسلمها او معالجتها او تخزينها او تجهيزها على اي وجه اخر .

الوسيط الالكتروني: برنامج الحاسوب او أي وسيلة الكترونية اخرى تستعمل من اجل تنفيذ اجراء او الاستجابة لاجراء بقصد انشاء او ارسال او تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخصي .

المنشئ: الشخص الذي يقوم ، بنفسه او بواسطة من ينيبه ، بانشاء او ارسال رسالة المعلومات قبل تسلمها وتخزينها من المرسل اليه.

المرسل اليه : الشخص الذي قصد المنشئ تسليمه رسالة المعلومات .

اجراءات التوثيق : الاجراءات المتبعة للتحقق من ان التوقيع الالكتروني او السجل الالكتروني قد تم تنفيذه من شخص معين ، او لتتبع التغيرات والاخطاء التي حدثت في سجل الكتروني بعد انشائه بما في ذلك استخدام وسائل التحليل للتعرف على الرموز والكلمات والارقام وفك التشفير والاستعادة العكسية واي وسيلة او اجراءات اخرى تحقق الغرض المطلوب .

شهادة التوثيق : الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة او معتمدة لاثبات نسبة توقيع الكتروني الى شخص معين استنادا الى اجراءات توثيق معتمدة.

رمز التعريف : الرمز الذي تخصصه الجهة المرخصة او المعتمدة لتوثيق العقود الالكترونية للشخص المعني لاستعماله من المرسل اليه من اجل تمييز السجلات الصادرة عن ذلك الشخص من غيرها .

المؤسسة المالية : البنك المرخص او المؤسسة المالية المصرح لها بالتعامل بالتحويلات المالية وفق احكام القوانين النافذة .

القيد غير المشروع: أي قيد مالي على حساب العميل نتيجة رسالة الكترونية ارسلت باسمه دون علمه او موافقته او دون تفويض منه.

الفصل الاول :- احكام عامة

مادة -٣-

أ . يهدف هذا القانون الى تسهيل استعمال الوسائل الالكترونية في اجراء المعاملات وذلك مع مراعاة احكام أي قوانين اخرى ودون تعديل او الغاء لاي من هذه الاحكام .

ب. يراعى عند تطبيق احكام هذا القانون قواعد العـرف التجـاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملات الالكترونية ودرجة التقدم في تقنية تبادلها.

مادة-٤-

تسري احكام هذا القانون على ما يلي :

أ . المعاملات الالكترونية والسجلات الالكترونية والتوقيع الالكتروني واي رسالة معلومات الكترونية .

ب .المعاملات الالكترونية التي تعتمدها أي دائرة حكومية او مؤسسة رسمية بصورة كلية او جزئية.

مادة-٥-

أ . تطبق احكام هذا القانون على المعاملات التي يتفق اطرافها علـى تنفيذ معاملاتهم بوسائل الكترونية ما لم يرد فيـه نـص صـريح يقضي بغير ذلك .

ب. لمقاصد هذه المادة لا يعتبر الاتفاق بين اطراف معينة على اجراء معاملات محددة بوسائل الكترونية ملزما لاجراء معاملات اخرى بهذه الوسائل.

مادة-٦-

لا تسري احكام هذا القانون على ما يلي :

أ . العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقا لتشريعات خاصة بشكل معين او تتم باجراءات محددة ومنها :

١- انشاء الوصية وتعديلها.

٢- انشاء الوقف وتعديل شروطه .

٣- معاملات التصرف بالاموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وانشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الايجار الخاصة بهذه الاموال .

٤- الوكالات والمعاملات المتعلقة بالاحوال الشخصية .

٥ - الاشعارات المتعلقة بالغاء او فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتامين الصحي والتامين على الحياة .

٦- لوائح الدعاوى والمرافعات واشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم .

ب. الاوراق المالية الا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استنادا لقانون الاوراق المالية النافذ المفعول.

الفصل الثاني :- السجل والعقد والرسالة والتوقيع الالكتروني

مادة-٧-

أ . يعتبر السجل الالكتروني والعقد الالكتروني والرسالة الالكترونية والتوقيع الالكتروني منتجا للاثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب احكام

التشريعات النافذة من حيث الزامها لاطرافها او صلاحيتها في الاثبات .

ب .لا يجوز اغفال الاثر القانوني لاي مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة لانها اجريت بوسائل الكترونية شريطة اتفاقها مع احكام هذا القانون.

مادة-٨-

أ . يستمد السجل الالكتروني اثره القانوني ويكون له صفة النسخة الاصلية اذا توافرت فيه مجتمعة الشروط التالية :

١- ان تكون المعلومات الواردة في ذلك السجل قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن ، في أي وقت ، الرجوع اليها .

٢- امكانية الاحتفاظ بالسجل الالكتروني بالشكل الذي تم به انشاؤه او ارساله او تسلمه او باي شكل يسهل به اثبات دقة المعلومات التي وردت فيه عند انشائه او ارساله او تسلمه .

٣ - دلالة المعلومات الواردة في السجل على من ينشاه او يتسلمه وتاريخ ووقت ارساله وتسلمه .

ب. لا تطبق الشروط الواردة في الفقرة (أ) من هذه المادة على المعلومات المرافقة للسجل الّتي يكون القصد منها تسهيل ارساله وتسلمه.

ج. يجوز للمنشئ او المرسل اليه اثبات الشروط الواردة في الفقرة (أ) من هذه المادة بواسطة الغير.

مادة-٩-

أ . اذا اتفقت الاطراف على اجراء معاملة بوسائل الكترونية يقتضي التشريع الخاص بهذه المعاملة تقديم المعلومات المتعلقة بها او ارسالها او تسليمها الى الغير بوسائل خطية فيجوز لهذه الغاية اعتبار اجرائها بوسائل الكترونية متفقا مع متطلبات تلك التشريعات اذا كان المرسل اليه قادرا على طباعة تلك المعلومات وتخزينها والرجوع اليها في وقت لاحق بالوسائل المتوافرة لديه .

ب. اذا حال المرسل دون امكانية قيام المرسل اليه بطباعة السجل الالكتروني وتخزينه والاحتفاظ به يصبح هذا السجل غير ملزم للمرسل اليه.

مادة-١٠-

أ . اذا استوجب تشريع نافذ توقيعا على المستند او نص على ترتيب اثر على خلوه من التوقيع فان التوقيع الالكتروني على السجل الالكتروني يفي بمتطلبات ذلك التشريع.

ب. يتم اثبات صحة التوقيع الالكتروني ونسبته الى صاحبه اذا توافرت طريقة لتحديد هويته والدلالة على موافقته على المعلومات الواردة في السجل الالكتروني الذي يحمل توقيعه اذا كانت تلك الطريقة مما يعول عليها لهذه الغاية في ضوء الظروف

المتعلقة بالمعاملة بما في ذلك اتفاق الاطراف على استخدام تلك الطريقة.

مادة-١١-

اذا استوجب تشريع نافذ الاحتفاظ بمستند لغايات التوثيق او الاثبات او التدقيق او أي غرض اخر مماثل يجوز الاحتفاظ بسجل الكتروني لهذه الغاية ، الا اذا نص في تشريع لاحق على وجوب الاحتفاظ بالسجل خطيا.

مادة-١٢-

يجوز عدم التقيد باحكام المواد من (٧ -١١) من هذا القانون في أي من الحالات التالية :

أ . اذا كان تشريع نافذ يقتضي ارسال او تقديم معلومات معينة بصورة خطية الى شخص ذي علاقة واجاز هذا التشريع الاتفاق على غير ذلك .

ب. اذا اتفق على ارسال او توجيه معلومات معينة بالبريد الممتاز او السريع او بالبريد العادي.

مادة-١٣-

تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الارادة المقبولة قانونا لابداء الايجاب او القبول بقصد انشاء التزام تعاقدي.

مادة-١٤-

تعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه ولحسابه او بوساطة وسيط الكتروني معد للعمل اتوماتيكيا بوساطة المنشئ او بالنيابة عنه.

مادة-١٥-

أ . للمرسل اليه ان يعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ وان يتصرف على هذا الاساس في أي من الحالات التالية :

١- اذا استخدم المرسل اليه نظام معالجة معلومات سبق ان اتفق مع المنشئ على استخدامه لهذا الغرض للتحقق من ان الرسالة صادرة عن المنشئ .

٢- اذا كانت الرسالة التي وصلت للمرسل اليه ناتجة من اجراءات قام بها شخص تابع للمنشئ او من ينوب عنه ومخول بالدخول الى الوسيلة الالكترونية المستخدمة من أي منهما لتحديد هوية المنشئ .

ب. لا تسري احكام الفقرة (أ) من هذه المادة على أي من الحالتين التاليتين :

١- اذا استلم المرسل اليه اشعارا من المنشئ يبلغه فيها ان الرسالة غير صادرة عنه فعليه ان يتصرف على اساس عدم صدورها عن المنشئ ويبقى المنشئ مسؤولا عن أي نتائج قبل الاشعار .

٢- اذا علم المرسل اليه ، او كان بوسعه ان يعلم ، ان الرسالة لم تصدر عن المنشئ.

مادة-١٦-

أ . اذا طلب المنشئ من المرسل اليه بموجب رسالة المعلومات اعلامه بتسلم تلك الرسالة او كان متفقا معه على ذلك ، فان قيام المرسل اليه باعلام المنشئ بالوسائل الالكترونية او باي وسيلة اخرى او قيامه باي تصرف او اجراء يشير الى انه قد استلم الرسالة يعتبر استجابة لذلك الطلب او الاتفاق .

ب. اذا علق المنشئ اثر رسالة المعلومات على تسلمه اشعار من المرسل اليه بتسلم تلك الرسالة ، تعامل الرسالة وكانها لم تكن الى حين تسلمه لذلك الاشعار.

ج. اذا طلب المنشئ من المرسل اليه ارسال اشعار بتسلم رسالة المعلومات ولم يحدد اجلا لذلك ولم يعلق اثر الرسالة على تسلمه ذلك الاشعار فله ، في حالة عدم تسلمه الاشعار خلال مدة معقولة ، ان يوجه الى المرسل اليه تذكيرا بوجوب ارسال الاشعار خلال مدة محددة تحت طائلة اعتبار الرسالة ملغاة اذا لم يستلم الاشعار خلال هذه المدة .

د. لا يعتبر اشعار التسلم بحد ذاته دليلا على ان مضمون الرسالة التي تسلمها المرسل اليه مطابق لمضمون الرسالة التي ارسلها المنشئ.

مادة-١٧-

أ . تعتبر رسالة المعلومات قد ارسلت من وقت دخولها الى نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ او الشخص الذي ارسل الرسالة نيابة عنه ما لم يتفق المنشئ او المرسل اليه على غير ذلك .

ب. اذا كان المرسل اليه قد حدد نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات فتعتبر الرسالة قد تم تسلمها عند دخولها الى ذلك النظام ، فاذا ارسلت الرسالة الى نظام غير الذي تم تحديده فيعتبر ارسالها قد تم منذ قيام المرسل اليه بالاطلاع عليها لاول مرة .

ج. اذا لم يحدد المرسل اليه نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات فيعتبر وقت تسلم الرسالة عند دخولها لاي أي نظام معالجة معلومات تابع للمرسل اليه.

مادة-١٨-

أ . تعتبر رسالة المعلومات قد ارسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ وانها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه ، واذا لم يكن لاي منهما مقر عمل يعتبر مكان اقامته مقرا لعمله ، ما لم يكن منشئ الرسالة والمرسل اليه قد اتفقا على غير ذلك .

ب. اذا كان للمنشئ او المرسل اليه اكثر من مقر لاعماله فيعتبر المقر الاقرب صلة بالمعاملة هو مكان الارسال او التسلم ، وعند

تعذر الترجيع يعتبر مقر العمل الرئيس هو مكان الارسال او التسلم.

الفصل الرابع :- السند الالكتروني القابل للتحويل

مادة-١٩-

أ . يكون السند الالكتروني قابلا للتحويل اذا انطبقت عليه شروط السند القابل للتداول وفقا لاحكام قانون التجارة باستثناء شرط الكتابة ، شريطة ان يكون الساحب قد وافق على قابليته للتداول .

ب. اذا امكن استرجاع البيانات الواردة على صفحتي الشيك ، يعتبر الاحتفاظ بالشيك الكترونيا وفقا لاحكام المادة (٨) من هذا القانون اجراء قانونيا .

ج. لا تسري احكام المواد (٢٠) و(٢١) و (٢٢) و(٢٣) و(٢٤) من هذا القانون على الشيكات الالكترونية الا بموافقة من البنك المركزي تحدد اسسها بمقتضى تعليمات يصدرها لهذه الغاية.

مادة-٢٠-

يعتبر حامل السند مخولا باستعمال الحقوق المتعلقة بالسند القابل للتحويل اذا كان نظام معالجة المعلومات المستخدم لانشاء السند وتحويله مؤهلا لاثبات تحويل الحق في ذلك السند وعلى التحقق من شخصية المستفيد او المحول اليه.

مادة-٢١-

أ . يعتبر نظام المعالجة الالكتروني مؤهلا لاثبات تحويل الحق في السند تطبيقا لاحكام المادة (٢٠) من هذا القانون اذا كان ذلك النظام يسمح بانشاء السند الالكتروني وحفظه وتحويله وذلك بتوافر الشرطين التاليين مجتمعين :

١- اذا كانت النسخة المعتمدة من السند القابل للتحويل محددة بصورة غير قابلة للتغيير وذلك مع مراعاة احكم الفقرة (ج) من هذه المادة .

٢- اذا كانت النسخة المعتمدة من السند تدل على اسم الشخص الذي تم سحب السند لمصلحته وان السند قابل للتحويل وتضمنت اسم المستفيد .

ب. ترسل النسخة المعتمدة وتحفظ من قبل الاشخاص الذي يملك الحق فيها او الشخص المودعة لديه لمصلحة صاحب الحق في السند .

ج. ١. تعتمد النسخ الماخوذة عن النسخة المعتمدة التي حدث عليها تغيير او اضافة بموافقة من الشخص الذي يملك حق التصرف في السند .

٢ - يؤشر على كل نسخة ماخوذة من السند بانها معتمدة او غير معتمدة .

٣ - تعرف كل نسخة ماخوذة من النسخة المعتمدة بانها نسخة مطابقة للنسخة المعتمدة.

مادة-٢٢-

يعتبر حامل السند الالكتروني صاحب الحق في سند قابل للتحويل ومخولا بجميع الحقوق والدفوع التي يتمتع بها حامل السند العادي وفقا لاي تشريع نافذا اذا كان مستوفيا لجميع شروطه وذلك ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك.

مادة-٢٣-

يتمتع المدين بسند الكتروني قابل للتحويل بالحقوق والدفوع نفسها التي يتمتع بها المدين بسند خطي قابل للتحويل.

مادة-٢٤-

اذا اعترض شخص على تنفيذ سند الكتروني قابل للتحويل فعلى طالب التنفيذ تقديم اثبات كاف على انه الحامل الحقيقي له ، وله اثبات ذلك بابراز النسخة المعتمدة من السند القابل للتحويل وسجلات النشاط التجاري التي تتعلق بالسند للتحقق من شروط السند وهوية حامله.

الفصل الخامس :- التحويل الالكتروني للاموال

مادة-٢٥-

يعتبر تحويل الاموال بوسائل الكترونية وسيلة مقبولة لاجراء الدفع ، ولا يؤثر هذا القانون باي صورة كانت على حقوق الاشخاص المقررة بمقتضى التشريعات ذات العلاقة النافدة المفعول.

مادة- ٢٦-

على كل مؤسسة مالية تمارس اعمال التحويل الالكتروني للاموال وفقا لاحكام هذا القانون والانظمة الصادرة بمقتضاه الالتزام بما يلي :

أ . التقيد باحكام قانون البنك المركزي الاردني وقانون البنوك والانظمة والتعليمات الصادرة استنادا لهما .

ب. اتخاذ الاجراءات الكفيلة بتقديم خدمات مامونة للعملاء والحفاظ على السرية المصرفية .

مادة-٢٧-

لا يعتبر العميل مسؤولا عن أي قيد غير مشروع على حسابه بواسطة التحويل الالكتروني تم بعد تبليغه المؤسسة المالية عن امكانية دخول الغير الى حسابه او فقدان بطاقته او احتمال معرفة الغير لرمز التعريف المتعلق به والطلب منها وقف العمل بوسيلة التحويل الالكترونية.

مادة-٢٨-

على الرغم مما ورد في المادة (٢٧) من هذا القانون ، يعتبر العميل مسؤولا عن أي استعمال غير مشروع لحسابه بوساطة تحويل الكتروني اذا ثبت ان اهماله قد ساهم في ذلك بصورة رئيسة وان المؤسسة قد قامت بواجباتها للحيلولة دون أي استعمال غير مشروع لذلك الحساب.

مادة-٢٩-

يصدر البنك المركزي التعليمات اللازمة لتنظيم اعمال التحويل الالكتروني للاموال بما في ذلك اعتماد وسائل الدفع الالكتروني واعتماد القيد الناتج عن تحويل غير مشروع واجراءات تصحيح الاخطاء والافصاح عن المعلومات واي امور اخرى تتعلق بالاعمال المصرفية الالكترونية بما في ذلك المعلومات التي تلتزم المؤسسات المالية بتزويده بها.

الفصل السادس :- توثيق السجل والتوقيع الالكتروني

مادة-٣٠-

لمقاصد التحقق من ان قيدا الكترونيا لم يتعرض الى اي تعديل منذ تاريخ معين ، فيعتبر هذا القيد موثقا من تاريخ التحقق منه اذا تم بموجب اجراءات توثيق معتمدة او اجراءات توثيق مقبولة تجاريا او متفق عليها بين الاطراف ذوي العلاقة .

ب. وتعتبر اجراءات التوثيق مقبولة تجاريا اذا تم عند تطبيقها مراعاة الظروف التجارية الخاصة باطراف المعاملة بما في ذلك :

١- طبيعة المعاملة .

٢- درجة دراية كل طرف من اطراف المعاملة .

٣ - حجم المعاملات التجارية المماثلة التي ارتبط بها كل طرف من الاطراف .

٤ - توافر الاجراءات البديلة التي رفض أي من الاطراف استعمالها

٥ - كلفة الاجراءات البديلة .

٦ - الاجراءات المعتادة لمثل هذه المعاملة.

مادة-٣١-

اذا تبين نتيجة تطبيق اجراءات التوثيق المستخدمة انها معتمدة او مقبولة تجاريا او متفقا عليها بين الاطراف فيعتبر التوقيع الالكتروني موثقا اذا اتصف بما يلي :

أ . تميز بشكل فريد بارتباطه بالشخص صاحب العلاقة .

ب. كان كافيا للتعريف بشخص صاحبه .

ج. تم انشاؤه بوسائل خاصة بالشخص وتحت سيطرته .

د. ارتبط بالسجل الذي يتعلق به بصورة لا تسمح باجراء تعديل على القيد بعد توقيعه دون احداث تغيير في التوقيع.

مادة-٣٢-

أ . ما لم يثبت خلاف ذلك يفترض ما يلي :

١- ان السجل الالكتروني الموثق لم يتم تغييره او تعديله منذ تاريخ اجراءات توثيقه .

٢ - ان التوقيع الالكتروني الموثق صادر عن الشخص المنسوب اليه، وانه قد وضع من قبله للتدليل على موافقته على مضمون السند .

ب. اذا لم يكن السجل الالكتروني او التوقيع الالكتروني موثقا فليس له أي حجية.

مادة-٣٣-

يعتبر السجل الالكتروني او أي جزء منه يحمل توقيعا الكترونيا موثقا سجلا موثقا بكامله او فيما يتعلق بذلك الجزء ، حسب واقع الحال ، اذا تم التوقيع خلال مدة سريان شهادة توثيق معتمدة ومطابقته مع رمز التعريف المبين في تلك الشهادة.

مادة-٣٤-

تكون شهادة التوثيق التي تبين رمز التعريف معتمدة في الحالات التالية :

أ . صادرة عن جهة مرخصة او معتمدة .

ب. صادرة عن جهة مرخصة من سلطة مختصة في دولة اخرى ومعترف بها .

ج. صادرة عن دائرة حكومية او مؤسسة او هيئة مفوضة قانونا بذلك .

د. صادرة عن جهة وافق اطراف المعاملة على اعتمادها.

الفصل السابع :- العقوبات

مادة-٣٥-

يعاقب كل من يقوم بانشاء او نشر او تقديم شهادة توثيق لغرض احتيالي او لاي غرض غير مشروع بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر ولا تزيد على سنتين او بغرامة لا تقل عن (٣٠٠٠) ثلاثة الاف دينار ولا تزيد على (١٠٠٠٠) عشرة الاف دينار او بكلتا هاتين العقوبتين.

مادة-٣٦-

يعاقب كل من يقدم الى جهة تمارس اعمال توثيق المستندات معلومات غير صحيحة بقصد اصدار شهادة توثيق او وقف سريانها

او الغائها بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ستة اشهر او بغرامة لا تقل عن (١٠٠٠) الف دينار ولا تزيد على (٥٠٠٠) خمسة الاف دينار او بكلتا هاتين العقوبتين.

مادة-٣٧-

تعاقب أي جهة تمارس اعمال توثيق المستندات بغرامة لا تقل عن (٥٠٠٠٠) خمسين الف دينار اذا قامت بتقديم معلومات غير صحيحة في طلب التسجيل او افشت اسرار احد عملائها او خالفت الانظمة والتعليمات التي تصدر استنادا الى هذا القانون.

مادة-٣٨-

يعاقب كل من يرتكب فعلا يشكل جريمة بموجب التشريعات النافذة بواسطة استخدام الوسائل الالكترونية بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر ولا تزيد على سنة او بغرامة لا تقل عن (٣٠٠٠) ثلاثة الاف دينار ولا تزيد على (١٠٠٠٠) عشرة الاف دينار او بكلتا هاتين العقوبتين ، ويعاقب بالعقوبة الاشد اذا كانت العقوبات المقررة في تلك التشريعات تزيد على العقوبة المقررة في هذا القانون.

الفصل الثامن :- احكام ختامية

مادة-٣٩-

تحدد بمقتضى قرارات يصدرها مجلس الوزراء الجهات المكلفة بمتابعة تطبيق احكام هذا القانون والمهام المنوطة باي منها.

مادة-٤٠-

يصدر مجلس الوزراء الانظمة اللازمة لتنفيذ احكام هذا القانون بما في ذلك ما يلي :

أ . الرسوم التي تستوفيها أي دائرة حكومية او مؤسسة رسمية مقابل اجراء المعاملات الالكترونية .

ب. الاجراءات المتعلقة باصدار شهادات التوثيق والجهة المختصة بذلك والرسوم التي يتم استيفاؤها لهذه الغاية .

مادة-٤١-

رئيس الوزراء والوزراء مكلفون بتنفيذ احكام هذا القانون.

٢٠٠١/١٢/١١

قائمة بأهم المختصرات

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AJ	Actualité jurisprudentielle (du Recueil Dalloz).
AJDA	Actualité JURIDIQUE DE DROIT ADMINISTRATIF
ALD	Actualité législative Dalloz (années 1983-1995).
ASS.	Assemblée.
ASS. plén.	Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation.
BICC	Bulletin d'information de la cour de cassation.
C A	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation.
CE	Arrêt du Conseil d'État.
Concl.	Conclusions
D.	Recueil Dalloz
Doctr.	Doctrine
DP	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (années antérieures à 1941).
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
IR	Informations rapides du Recueil Dalloz
J.	Jurisprudence
Jcp	Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
LCEN	Loi pour la confiance dans l'économie numérique.

Obs	Observations
Petites affiches	Les petites affiches
RRJ	Revue de recherche juridique et de droit prosepectif
Rtd civ.	Revue trimestrielle de droit civil (Sirey)
Rtd com.	Revue trimestrielle de droit commercial (Sirey)
T.	Tome
TGI	Jugement d'un tribunal de grande instance

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

١- المؤلفات العامة:

- د/ **إبراهيم الدسوقى أبو الليل:** نظرية الالتـزام – ١ – المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة..، التصرف القانونى، ط٢، مؤسسة دار الكتب، الكويت ١٩٩٨.

- د/ **أحمد شوقى عبد الرحمن:** البحوث القانونية فى مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، دراسة فقهية قضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٢.

- د/ **أحمد زكى عويس:** المدخل فى الفقه الإسلامى، القسم الثانى، النظريات العامة فى الفقه الإسلامى، الحق والمال والملكية والعقد، مكتبة جامعة طنطا ٢٠٠٨.

- د/ **أنور سلطان:** الموجز فى النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٨.

- د/ **جلال على العدوى:** أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٥.

- د/ **حمدى عبد الرحمن**: الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد ولإرادة المنفردة، دَار النهضة العربية ١٩٩٩.
- د/ **رمزي رشاد الشيخ**، د/ **نبيلة رسلان**، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة جامعة طنطا، ٢٠٠٧-٢٠٠٨.
- د/ **رمضان محمد أبو السعود**: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٣.
- د/ **سمير عبد السيد تناغو**: مصادر الالتزام، ١٩٩٩ - ٢٠٠٠، بدون ناشر.
- د/ **عبد الرزاق أحمد السنهورى**: مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة ١٩٦٧.
- : الوسيط فى شرح القانون المدنى، جـ١، نظرية الالتزام بوجه علم، مصادر الالتزام، تحديث وتنقيح المستشار/ أحمد مدحت المراغى، طبعة نقابة المحامين ٢٠٠٧.

- **د/ عبد الفتاح عبد الباقى:** موسوعة القانون المدنى، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ١٩٨٤، بدون ناشر.

- **د/ عبد الحميد عثمان محمد:** المفيد فى مصادر الالتزام، مطبعة جامعة طنطا، ١٩٩٧.

- **د/ عبد المنعم فرج الصدة:** مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢.

- **المرحوم أستاذنا الدكتور/ عبد الودود يحيى،** الموجز فى النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٨٥.

- **المرحوم أستاذنا الدكتور/ فتحى عبد الرحيم عبد الله:**

  العناصر المكونة للعقد كمصادر للالتزام فى القانونين المصرى والإنجليزى المقارن، بدون ناشر، ١٩٧٩.

- **د/ محمد الحسينى حنفى:** المدخل لدراسة الفقه الإسلامى، جـ٢، دار النهضة العربية ١٩٨٢.

- **د/ محمد الشحات الجندى:** نظرية الحق والعقد، ١٩٩٤ – ١٩٩٥، بدون ناشر.

- **أستاذنا الدكتور/ محمد حسام محمود لطفي:** النظرية العامة للالتزام، المصادر والأحكام والإثبات، القاهرة ٢٠٠٧.

- **أستاذنا الدكتور/ محمد حسين منصور:** النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٥.

- **د/ محمد لبيب شنب:** دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ١٩٨٩، بدون ناشر.

- **د/ محمود جمال الدين زكي:** الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ط٣، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨.

- **المرحوم الأستاذ الدكتور/ مصطفى محمد الجمال:** القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، ١٩٩١، بدون ناشر.

- **د/ مصطفى محمد الجمال، د/ رمضان محمد أبو السعود، د/ نبيل إبراهيم سعد:** مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٣.

- **أستاذنا الدكتور/ نبيل إبراهيم سعد:** النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠١.

- **د/ نزيه محمد الصادق المهدى:** النظرية العامة للالتزام، مع أحدث التطبيقات المعاصرة للمسئولية المدنية، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

- **أستاذنا الدكتور/ همام محمد محمود زهران**، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ٢٠٠٤.

٢- المراجع المتخصصة:

- **د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل:** الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة "التراسل الإلكترونى"، مجلس النشر العلمى، جامعة الكويت، ٢٠٠٣.

- : العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة فى الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٤.

- : إبرام العقد الإلكترونى فى ضوء أحكام القانون الإماراتى والقانون المقارن، بحث مقدم لمؤتمر

" الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية"، شرطة دبى فى الفترة من ٢٦ – ٢٨ إبريل ٢٠٠٣.

: الجوانب القانونية للتعامل عبر وسائل الاتصال الحديثة، بحث مقدم لمؤتمر " القانون والكمبيوتر والإنترنت" والذى نظمته جامعة الإمارات العربية المتحدة فى الفترة من ١ – ٣ مايو ٢٠٠٠، المجلد الثالث، ط٣، ٢٠٠٤.

د/ أبو الخير عبد الونيس الخويلدي: حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٦.

د/ أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول فى التعاقد الإلكترونى وتسوية منازعاته، http: //www. Arab law .info.com

: قواعد تكوين العقود الالكترونية، دراسة في القوانين النموذجية والاتفاقيات الدولية والقوانين المحلية، القاهرة ٢٠٠٨.

: الإيجاب والقبول فى التعاقد الإلكترونى، بحث مقدم لمؤتمر " الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية"، الذى نظمته أكاديمية

شرطة دبى فى الفترة من ٢٦ – ٢٨ إبريل ٢٠٠٣.

- د/ أسامة أحمد بدر: حماية المستهلك فى التعاقد الإلكترونى، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ٢٠٠٢.
- د/ أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
- : خصوصية التعاقد عبر الإنترنت: بحث مقدم لمؤتمر " القانون والكمبيوتر والإنترنت"، الذى نظمته جامعة الإمارات العربية المتحدة فى الفترة من ١ – ٣ مايو ٢٠٠٠، المجلد الأول، ط٣، ٢٠٠٤.
- د/ أسامه عبد العليم الشيخ: مجلس العقد في عقود التجارة الالكترونية وأثره ، دراسة مقارنة، مجلة روح القوانين، حقوق طنطا، ع ٤١، ج ١، ابريل ٢٠٠٧، والمصنف ذاته منشور لدى دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٨.
- د/ أشرف عبد الرازق ويح: التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة: التليفون والمحمول والفاكس والإنترنت، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقوانين العربية،

مجلة روح القوانين، جـ١، ع٣٣، أغسطس ٢٠٠٤.

- د/ **ايمان مأمون أحمد سليمان**: إبرام العقد الالكتروني واثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٨.
- د/ **أيمن إبراهيم العشماوى**: مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ٢٠٠٢.
- د/ **أيمن سعد سليم**، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
- د/ **بشار طلال أحمد مومني**، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه، حقوق المنصورة ٢٠٠٣.
- د/ **جابر عبد الهادى سالم الشافعى**: مجلس العقد فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠١.
- د/ **جاسم على سالم الشامسى**: المسئولية المدنية الناتجة عن التجارة الإلكترونية، بحث مقدم لمؤتمر " الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية"، الذى نظمته جامعة الإمارات

العربية المتحدة، فى الفترة مـــن ١ – ٣ مـــايو ٢٠٠٠، المجلد الثالث، ط٣، ٢٠٠٤.

- د/ **حسام الدين كامل الأهوانى**: المفاوضات فى الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الـــدولى، مجلـــة العلـــوم القانونيـــة والاقتـــصادية، ع٢، س٣٨، يوليـــو ١٩٩٦.
- د/ **حسن محمد بودى**: التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، مجلة روح القوانين، جـــ١، ع٣٧، يناير ٢٠٠٦.
- د/ **خالد ممدوح إبراهيم**: إبرام العقد الإلكترونى، دراسة مقارنـــة، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية ٢٠٠٦.
- د/ **رامى محمد علوان**: التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنـــت، مجلة الحقوق، الكويت، عدد٤، س٢٦، ديسمبر ٢٠٠٢.
- د/ **رضا متولى وهدان**: النظام القانونى للعقد الإلكترونـــى، مجلـــة البحـــوث القانونيـــة والاقتـــصادية، حقـــوق المنصورة، ع٤٢، أكتوبر ٢٠٠٧.
- د/ **زياد خليف شداخ العنزي**: تنـــازع القـــوانين فـــي المعـــاملات الالكتروني، أطروحة للحصول علـــى درجـــة الدكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠٠٨

- د/ سامح عبد الواحد التهامي: التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى ٢٠٠٨.

- د/ سمير حامد الجمال: التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٦.

- د/ شريف عبد الرحمن أحمد: إثبات التعاقد الذى يبرم بالوسائل السمعية والمرئية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٧.

- د/ عدنان سرحان: ملاحظات نقدية بشأن الكتابين الأول والثانى المنظمين للالتزامات والحقوق الشخصية من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الشريعة والقانون، س٢٣، مايو ٢٠٠٥.

- د/ عابد عبد الفتاح: تعديل العقد بالإرادة المنفردة، مجلة روح القوانين، جـ٢، ع٣٧، يناير ٢٠٠٦.

- د/ عماد الحداد: التجارة الإلكترونية، الهيئة العامة للكتاب، ٢٠٠٥.

- د/ قارة مولود: شكل التعبير عن الإرادة فى عقود التجارة الإلكترونية، جامعة محمد بو ضياف (المسيله)،

الجزائــر: www: kaya.147 a carama. Com

- أ/ محمد أمين الرومي : التعاقد الاليكتروني عبــر الانترنــت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٤.
- د/ محمد السيد عرفه: التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت،.مفهومها والقواعد التى تحكمها، بحــث مقــدم لمــؤتمر "القانون والكمبيوتر والإنترنت"، الــذى نظمتــه جامعة الإمارات العربية المتحدة فى الفترة مــن ١ – ٣ مـــايو ٢٠٠٠، ط٣، المجلــد الأول، ٢٠٠٤.
- أستاذنا الدكتور/ محمد حسام محمود لطفـــى: الإطــار القــانونى للمعاملات الإلكترونية، القاهرة ٢٠٠٢.
- أستاذنا الدكتور/ محمد حسين منصور: العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٦.
- : المسئولية الإلكترونيــة، دار الجامعــة الجديــدة، الإسكندرية ٢٠٠٦.
- د/ محمد السعيد رشدى: التعاقد بوسائل الاتصال الحديثــة " مــع التركيز علــى البيــع بواســطة التليفزيــون"، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٨.

- **د/ محمد سعيد أحمد إسماعيل**: أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، عين شمس ٢٠٠٥.
- **د/ محمود السيد خيال**: الانترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية ، القاهرة٢٠٠٠.
- : التعاقد عن طريق التليفزيون، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة ٢٠٠٠.
- **د/ مراد محمود يوسف مطلق**: التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الالكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠٠٧
- **د/ مشاعل عبد العزيز الهاجرى**: الالتزامات المدنية، قيام العقد، الرضاء، التعبير عن الإرادة، ارتباط الإيجاب بالقبول، منشور على الموقع التالى: www: .mashael a law. Kuniv.edu
- **د/ محمد نجيب عوضين**، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة، دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامي والقانون المدنى، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، حقوق القاهرة، ع٧٥، ٢٠٠٥، من ص٢٤٦ حتى ص٥٥٠.

- د/ هادي مسلم يونس البشكاني: التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى ٢٠٠٨.

- د/ نزيه محمد الصادق المهدى، محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصى والموضوعى فى الالتزام، مجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، ع٣، ٤، س٤٩، ١٩٧٩.

- د/ يزيد أنيس نصير: الإيجاب والقبول فى القانون المدنى الأردنى والمقارن، المبدأ وتطوره،مجلة الشريعة والقانون، ع١٦، يناير ٢٠٠٢، ص٩٠: ص١٤٣.

- : الارتباط بين الإيجاب والقبول فى القانون الأردنى والمقارن، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع٣، س٢٧، سبتمبر ٢٠٠٣، ص٦٧: ص١٢٦.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية

١ - المراجع العامة:

- **A. Benabent**, Droit civil, les obligations, 4ème éd., Montchrestien 1994.
- **J. Carbonnier**, Droit civil les obligations, Puf. 2000.
- **J. Ghestin**, Traité de Droit civil, la formation du contrat 3ème éd. Lgdj, 1993.
- **J. Flour** et **J. – L. Aubert**, Droit civil, les obligations, V.1, l'acte juridique, Armand Colin 1999.
- **Ch. Larroumet**, Droit civil, les obligations, Le contrat, 4ème éd., Economica, 1998.
- **H. – L et J., Mazeaud**, Lecons de droit civil, T. II, 6ème éd., par **F. Chabas**, Montchrestien, 1978.
- **F. Terre**, **P. Similer** et **Y. Lequette**, Droit civil, les obligations, 7ème éd., Dalloz, 1999.

٢- المراجع المتخصصة:

- **J. – L. Aubert**, Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, Thèse, Paris 1968.

- **P. – J. Benghozi, C. Licoppe** et **A. Rallet**, Internet et commerce électronique, Hèrmes, 2001.
- **A. Bensoussan**, Le commerce électronique, aspects juridique, 2ème éd., Hèrmes, 1998.
- Internet, aspects juridiques, Hèrmes, 1998.
- **D. Bland**, Droit européen des contrats: un processus en voie de dilution: D. févr 2008, n.9, chron., p.564 à 569.
- **A. Bürage**, Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme liberal, Rtd. civ., janv.- mars 2000, pp. 1: 24.
- **J. – P. Sillard**, Vers un contrat type de commerce électronique chamber de commerce et d'industrie de Paris 1997: Http://www.salans.com.
- **J. – Huet**, Aspects Juridique du commerce électronique, Approche internationale: Petites Affiches, sept. 1997, n.116.
- **M. – I Cahen**, La formation des contrats de commerce électronique, www.élec.com, sept.1999.
- **O. Lando**, L'avenir du droit des contrat: D. 2008, chron., 904.
- **I. Pottier**, Le commerce électronique sur internet: Gaz. Pal, avril 1996.
- **V. Sedalian**, Commerce électronique: Les réformes éurpéennes, http://www.juris.com.net, 12/6/1994.

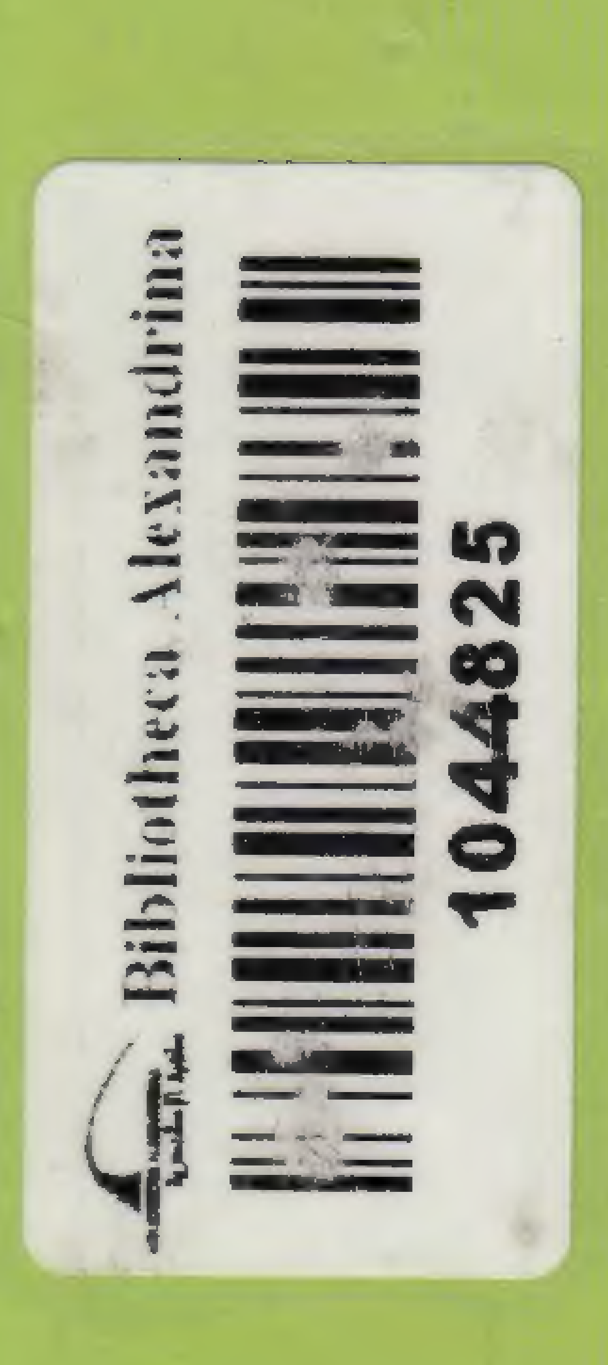
- **L. Thoumyre** L'échange des consentements dans le commerce électronique: http://www.lex. électronica. org.
- **T. Verbiest**, La nouvelle loi belge sur le commerce électronique:

  http://www.Juriscom.net, 26/12/2006.
- **L. Archambault**, La formation du contrat de vente en ligne et la protection du consommateur, Mémoire Dea. Paris I, 2003 – 2004.
- **N. Moreau**, La formation du contrat électronique: Dispositif de protection du cyperconsommateur et modes altérnatifs de réglement des conflits (M.A.R.C), Dea droit des contrats, Université Lille 2, 2002-2003.

الفهرس

رقم الإيداع	٢٠١٠/١٩٩٠٥
الترقيم الدولى	I.S.B.N
978-977-328-644-2	





دار الجامعة الجديدة
٣٨-٤٠ ش سوتير - الازاريطة - الاسكندرية
تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ - فاكس: ٤٨٥١١٤٣ - تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩
Email.darelgamaaelgadida@hotmail.com
www.darggalex.com info@darggalex.com